REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 62 – ANO 11

MARÇO E ABRIL 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) Ações Rescisórias 21
b) Agravos de Instrumento 30
c) Apelações 54

Seção de Direito Público

a) Ações Rescisórias 328
b) Agravos de Instrumento 340
c) Apelações 349
d) Apelações/Remessas Necessárias 468

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 482
b) Apelações 484
c) *Habeas Corpus* 614
d) Mandados de Segurança 631
e) Recursos em Sentido Estrito 637
f) Revisões Criminais 654

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 672
b) Agravos Internos 735
c) Agravos Regimentais 737
d) Conflitos de Competência 740
e) *Habeas Corpus* 757
f) Mandados de Segurança 770
g) Representações Criminais 805

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos de Instrumento 811
b) Apelações 820
c) Conflitos de Competência 852

5- Câmara Especial de Presidentes 872

6- Conselho Superior da Magistratura 905

7- Noticiário 916

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. 62, mar./abr. 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
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
Luiz Antonio FIGUEIREDO GONÇALVES

ROBERTO Caruso Costábile SOLIMENE
LUCIANA Almeida Prado BRESCIANI
Luís FERNANDO NISHI
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
RENATO RANGEL DESINANO

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 RUI CASCALDI
Desembargador FRANCISCO Eduardo LOUREIRO
Desembargador ALBERTO GOSSON Jorge Júnior
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 MARCIO ANTONIO BOSCARO**
Desembargador VITOR FREDERICO KÜMPEL**

:

5ª Câmara de Direito Privado (sala 511 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ - presencial e 6ª feira — 9:30 horas - telepresencial)

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 — 9:30 horas — PJ - presencial e 5ª feira — 10:00 horas - telepresencial)

Desembargador VITO José GUGLIELMI
Desembargador CÉSAR MECCHI MORALES
Desembargador José Carlos COSTA NETTO
Desembargador RODOLFO PELLIZARI***
Desembargadora DÉBORA VANESSA CAÚS BRANDÃO
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
Desembargadora TANIA MARA AHUALLI
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 - presencial e 4ª feira — 9:00 horas - telepresencial)

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 — telepresencial)

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 ANTONIO LUIZ TAVARES DE ALMEIRA**

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 MARCELO IELO AMARO**

9º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 509)

17ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Teodozio de SOUZA LOPES
Desembargador IRINEU JORGE FAVA***
Desembargador AFONSO Celso Nogueira BRAZ
Desembargador LUÍS Henrique Barbante FRANZÉ
Desembargador EDUARDO VELHO Neto
Desembargador ALEXANDRE DAVID MALFATTI**

18ª Câmara de Direito Privado (sala 604 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador SÉRGIO GOMES
Desembargador ISRAEL GÓES DOS ANJOS***
Desembargador HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO
Desembargador HELIO Marques de FARIA
Desembargador ERNANI DESCO FILHO

10º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 510)

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

Desembargador RICARDO José NEGRÃO Nogueira
Desembargador JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA
Desembargador RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI***
Desembargarora CLAUDIA GRIECO TABOSA PESSOA
Desembargador JAIRO BRAZIL Fontes Oliveira
Desembargadora DANIELA IDA MENEGATTI MILANO**
Desembargador SIDNEY DA SILVA BRAGA**

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 NUNCIO THEOPHILO NETO
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 EURÍPEDES Gomes FAIM Filho
Desembargadora MARIA DE FÁTIMA DOS SANTOS GOMES
Desembargadora ELY AMIOKA
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***
Desembargador NAZIR DAVID MILANO FILHO
Desembargadora CLAUDIA CARNEIRO CALBUCCI RENAUX**

13º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 618/622)

25ª Câmara de Direito Privado (salas 618/622 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Antonio de ALMEIDA SAMPAIO
Desembargador Vicente Antonio MARCONDES D'ANGELO
Desembargador HUGO CREPALDI NETO***
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 EDUARDO GESSE
Desembargador JOÃO BAPTISTA GALHARDO JÚNIOR**
Desembargador GUILHERME FERREIRA DA CRUZ**
Desembargadora CELINA DIETRICH E TRIGUEIROS TEIXEIRA PINTO**
Desembargador MICHEL CHAKUR FARAH**

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

29ª Câmara de Direito Privado (sala 218/220 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargadora SILVIA ROCHA
Desembargador FÁBIO Guidi TABOSA Pessoa
Desembargador CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN
Desembargador Marcelo FORTES BARBOSA Filho
Desembargador THEMÍSTOCLES BARBOSA FERREIRA NETO***
Desembargador MÁRIO DACCACHE**
Desembargador JOSÉ AUGUSTO GENOFRE MARTINS**

30ª Câmara de Direito Privado (salas 218/220 — 4ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador CARLOS Alberto RUSSO
Desembargadora MARIA LÚCIA Ribeiro de Castro PIZZOTTI Mendes
Desembargador MARCOS GOZZO
Desembargador Ricardo Braga MONTE SERRAT***
Desembargador PAULO GIMENES ALONSO
Desembargador JOÃO BAPTISTA GALHARDO JUNIOR**

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 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 601/602)

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
Desembargador JOÃO BAPTISTA GALHARDO JUNIOR**
Desembargadora CELINA DIETRICH E TRIGUEIROS TEIXEIRA PINTO**

18º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 601)

35ª Câmara de Direito Privado (sala 604 — 2ª feira — 10:00 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 Paulo Roberto GRAVA BRAZIL
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 RUI CASCALDI
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 621/623 — 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 Paulo MAGALHÃES da Costa COELHO
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 MAURICIO 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 EDUARDO Cortez de Freitas GOUVÊA
Desembargador LUIZ SÉRGIO FERNANDES DE SOUZA
Desembargadora MÔNICA de Almeida Magalhães SERRANO***
Desembargador FRANCISCO Carlos Inouye SHINTATE
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***

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 - telepresencial)

Desembargador LUIZ Alberto DE LORENZI
Desembargador CYRO Ricardo Saltini BONILHA
Desembargador JOÃO NEGRINI FILHO
Desembargador LUIZ FELIPE NOGUEIRA Júnior***
Desembargador ANTONIO TADEU OTTONI
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

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 LUIS 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
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 — 10:00 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

10ª Câmara de Direito Criminal (sala 404 — 5ª feira — 13:00 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 — 9:30 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 José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
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
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
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

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2144273-77.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A, é réu NATALIA CRISTINA TROVAO TITOS - ME.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram improcedente a ação rescisória, por maioria de votos, vencido o 2º Juiz, que julgaria procedente a demanda. Aplicada a técnica do art. 942 do CPC, o resultado inicial se inverteu. Em julgamento estendido, na forma do art. 942 do CPC, julgaram procedente a ação rescisória, por maioria de votos, vencidos o Relator sorteado e a 3ª Juíza. O acórdão, a cargo do 2º Juiz, transcreverá o voto do Relator sorteado.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.556)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, vencedor, JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA, vencido, RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente), CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, NUNCIO THEOPHILO NETO E DANIELA MENEGATTI MILANO.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2024.

RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, Relator Designado

Ementa: Ação rescisória - 1. Revelia não caracterizada. Irrelevante a alegação de que a ré tinha conhecimento da ação antes mesmo da respectiva citação, haja vista não ter ela comparecido espontaneamente ao processo naquele interim. 2. Decadência. Não consumação. Demanda proposta antes do esgotamento do prazo bienal contado do trânsito em julgado da última decisão proferida na etapa de conhecimento do processo originário. (CPC, art. 975, caput, e Súmula 401 do STJ). 3. Pleito de rescisão do capítulo da sentença que condenou o banco a restituir à ora ré a quantia de R$ 50.000,00, acrescida dos mesmos encargos financeiros estabelecidos em favor da instituição financeira no contrato declarado inexistente.

Acesso ao Sumário

Violação manifesta a norma jurídica. Jurisprudência do STJ que já estava consolidada nesse sentido desde 2007 (REsp 447.431/MG, Segunda Seção, Rel. Min. ARY PARGENDLER, j. 28.3.07). Irrelevante a suscitação de procedimento de recursos especiais repetitivos em momento posterior (2016), o que se fez, apenas, para atribuir caráter vinculativo à tese (Tema 968), por força do art. 927, III, do CPC/15, já em vigor. 4. Termo inicial dos juros de mora violando o art. 405 do CC, conforme também a tranquila jurisprudência do STJ sobre esse específico tema. 5. Sentença rescindenda desconstituída, substituído o primitivo julgamento, para que o débito experimente atualização monetária segundo os índices ordinários de atualização monetária e seja acrescido de juros de mora, de 1% a.m., a contar da data da citação para aquela demanda. Verbas da sucumbência atribuídas à responsabilidade da ré. 6. Ação rescisória julgada procedente nesses termos. Julgamento não unânime. Rejeitaram as preliminares, por votação unânime, e julgaram procedente a ação rescisória, por maioria de votos.

VOTO

1. Transcreve-se, abaixo, o inteiro teor do voto do e. Relator sorteado (Voto nº 47.420):

"Trata-se de ação rescisória proposta com fundamento no inciso V, do artigo 966, do Código de Processo Civil, com a finalidade da desconstituição de parte da r. sentença trasladada a fls. 471/474, mantida pelo v. acórdão de fls. 523/528, que, em ação indenizatória proposta pela ora ré contra o ora autor, julgou parcialmente procedente o pedido inicial.

Alega o banco autor que o julgado violou os artigos 404, caput, 406, 884 e 944, caput, do Código Civil, bem como os artigos 1º e 4º, do Decreto n. 22.626/1933, e a tese n. 968, firmada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, ao determinar a atualização do valor do dano material com base nos mesmos índices e encargos praticados privativamente pela instituição financeira. Acrescenta que houve vulneração ao artigo 405, do Código Civil, em razão da incidência de juros moratórios a partir do evento danoso e não da citação. Assevera que os juros praticados por particulares devem ser limitados ao percentual de 12% ao ano ou 1% ao mês contados linearmente, conforme Lei da Usura. Invoca a tese fixada pelo STJ, no julgamento do REsp n. 1.552.434, sob o rito de repetitivo,

Acesso ao Sumário

no sentido de que é descabida a repetição do indébito ao consumidor com os mesmos encargos do contrato bancário. Observa que o artigo 927, II, do Código de Processo Civil, prevê expressamente que os juízes e tribunais devem seguir as orientações emanadas do STJ em julgamento de recursos sob o rito de repetitivo, referindo-se ainda à disposição contida no artigo 923, V, b, do CPC. Discorre sobre as inovações introduzidas pelo CPC de 2015, especialmente no que concerne ao disposto em seu artigo 966, V. Ressalta que a tese n. 968 foi firmada pelo STJ em 21 de junho de 2018, antes, portanto, do trânsito em julgado do v. acórdão rescindendo. Anota que antes mesmo do julgamento do recurso repetitivo, a jurisprudência do STJ já havia se consolidado no sentido de que a restituição de valores ao consumidor não poderia ser apurada de acordo com os mesmos encargos estipulados nas operações bancárias, ponderando que é vedado o enriquecimento sem causa, a par do que a indenização se mede pela extensão do dano, acrescentando que, no caso, o débito supostamente indevido era de R$ 50.000,00, mas a ré postula o pagamento de indenização apurada em R$ 6.000.000,00, conforme os critérios adotados pela r. sentença. Requer a concessão de medida liminar para que seja suspenso o cumprimento de sentença. Requer a procedência do pedido para que seja rescindido o v. acórdão proferido pela 19ª Câmara de Direito Privado e promovido novo julgamento para determinar a incidência de apenas juros legais, computando, ainda, os juros de mora somente a partir da 30 de setembro de 2014, data da citação do banco na ação originária.

A parte ativa recolheu as custas iniciais (fls. 57/58) e efetuou o depósito premonitório a que alude o artigo 968, II, do Código de Processo Civil (fls. 947).

Inicialmente, foi o processo distribuído ao eminente Desembargador Álvaro Torres Júnior, do 10º Grupo de Câmaras de Direito Privado (fls. 939), que deferiu a tutela antecipada postulada para suspender, provisoriamente, o cumprimento do julgado rescindendo (fls. 949/950).

Citada, a ré apresentou contestação a fls. 984/1010. Alegou, preliminarmente, a decadência do direito à rescisão da sentença, pois a ação foi ajuizada após o prazo de dois anos contados do trânsito em julgado do capítulo da sentença pertinente aos encargos incidentes sobre a condenação, suscitando a inaplicabilidade do art. 975, do CPC de 2015, na espécie, eis que o trânsito em julgado do capítulo autônomo impugnado nesta causa ocorreu na vigência do Código de Processo Civil de 1973. Acrescentou que é inadmissível a utilização da ação rescisória como sucedâneo recursal. Requereu a aplicação da disposição contida na Súmula n. 343, do C. Supremo Tribunal Federal. Aduziu que a instituição financeira não poderia lucrar com o ato ilícito, acrescentando que não ocorreu manifesta violação das normas jurídicas invocadas nesta ação, tampouco alegada vulneração à tese firmada em recurso repetitivo que autorizasse o manejo desta ação rescisória. Invocou precedentes jurisprudenciais.

Acesso ao Sumário

O autor apresentou réplica a fls. 1151/1170, pugnando pelo reconhecimento da revelia.

A ré se manifestou a fls. 1196/1222.

A decisão de fls. 1232/1238, proferida pelo eminente Desembargador Álvaro Torres Júnior, reconheceu a incompetência do 10º Grupo de Câmaras de Direito Privado desta Corte para julgar esta ação rescisória e determinou a remessa dos autos para a 19ª Câmara de Direito Privado, ao fundamento de que o recurso de apelação interposto pelo banco não devolveu a matéria alusiva aos encargos incidentes sobre a indenização por dano material, de modo que o v. acórdão emanado da 19ª Câmara de Direito Privado nada deliberou sobre o tema, acrescentando que "não houve, portanto, no que toca ao objeto desta ação rescisória, o efeito substitutivo do acórdão do recurso de apelação sobre a sentença então recorrida (cf. art. 1.008 do CPC), pois a norma é clara em sua parte final 'o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a decisão impugnada no que tiver sido objeto de recurso'. Disso resulta a incompetência absoluta deste 10º Grupo de Direito Privado, pois a competência funcional, na hipótese de ação rescisória movida contra sentença de primeiro grau, é da Câmara preventa, nos termos dos art. 35 e 105 do Regimento Interno deste Tribunal".

Os autos foram então a mim redistribuídos.

É o relatório.

De início, insta realçar que a r. sentença de fls. 471/474 julgou parcialmente procedente a ação indenizatória proposta pela ora ré para: "1- cancelar definitivamente os apontamentos; 2- condenar o réu à indenização pelos danos materiais causados, no valor de R$ 50.000,00, corrigido desde a data do desfalque, cominando-se juros capitalizados e no montante praticado pelo banco em relação à conta da autora, também contados da data do desfalque. 3- condenar o réu à indenização por danos morais, que fixo em R$ 10.000,00, corrigidos desde a data da sentença, com juros legais de 1% ao mês, contados da citação. 4- condenar o réu a 90% das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% do valor da condenação".

O banco interpôs recurso de apelação, impugnando a questão relativa à responsabilidade civil e ao valor da indenização por dano moral, mas não devolveu à análise da instância superior a matéria atinente aos encargos incidentes sobre a indenização por dano material.

E o v. acórdão de fls. 523/528 negou provimento ao recurso de apelação, consoante a seguinte ementa: "RESPONSABILIDADE CIVIL. Reparação de danos. Transferência bancária não autorizada pela correntista. Débito gerado que implicou na inclusão do nome da autora em cadastro de inadimplentes. Responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço que só poderá ser elidida nos casos previstos no § 3º, do artigo 14, do CDC, o que não se verificou na espécie. Falha na prestação do serviço bancário disponibilizado à correntista. Hipótese

Acesso ao Sumário

em que o episódio acarretou sério abalo de crédito à autora no meio comercial. Negligência do banco evidenciada. Responsabilidade civil configurada. Danos morais, que prescindem no caso de prova da verificação do prejuízo, caracterizados e preservados em dez mil reais, mantida a ordem de ressarcimento do numerário indevidamente transferido da conta corrente da autora. Pedido inicial julgado procedente. Sentença mantida. Recurso improvido".

Deveras, na espécie, como bem explicitado na decisão proferida pelo eminente Desembargador Álvaro Torres Júnior (fls. 1232/1238), mantida em sede de embargos de declaração (fls. 1250/1254), postula o ora autor, de fato, a rescisão do capítulo da r. sentença de fls. 471/474 relativo aos encargos incidentes sobre o valor da indenização por dano material, que não foi impugnado especificamente no seu recurso de apelação, não havendo se cogitar de pleito de rescisão do v. acórdão de fls. 523/528, por isso que correta a declaração de incompetência do 10º Grupo da Seção de Direito Privado desta Corte e a redistribuição do feito para julgamento pela 19ª Câmara de Direito Privado.

De pronto, afasto a alegação de revelia suscitada pelo autor na réplica, eis que o prazo de 20 dias assinalado a fls. 950 para a contestação (CPC, art. 970) iniciou-se com a juntada do aviso de recebimento da carta citatória, que ocorreu em 7 de março de 2022 (981/982), tendo a ré apresentado tempestivamente a resposta em 4 de abril de 2022 (fls. 984/1010), afigurando-se irrelevante para este mister a alegação da parte ativa de que "a própria Ré apresentou prova de que contratou parecer específico para a presente ação (e que, portanto, tinha ciência dela) desde 2019" (fls. 1152), eis que não houve ingresso espontâneo da ré nos autos antes do aperfeiçoamento do ato citatório.

Impende destacar ainda que, mesmo que assim não fosse, não bastaria a configuração da revelia ao acolhimento do pedido inicial, mesmo porque, se o réu não contestar a ação, reputam-se verdadeiros os fatos afirmados pela parte ativa, podendo e devendo o juiz, no entanto, na apreciação da prova constante dos autos, se for o caso, temperar o rigor da regra esculpida no artigo 344, do Código de Processo Civil, posto que adstrito o magistrado, no julgamento da demanda, ao princípio do livre convencimento motivado, não conduzindo os fatos não contestados, necessariamente, às consequências jurídicas almejadas pelo autor, o que é exatamente o caso destes autos.

De fato, "a revelia não importa em procedência automática dos pedidos, porquanto a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor é relativa, cabendo ao magistrado a análise conjunta das alegações e das provas produzidas. Precedentes." (STJ, AgInt no AREsp n. 1.985.090/SP, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 28/3/2022).

Superada tal questão, bem é de ver que não prospera a prejudicial de decadência suscitada em contestação.

Neste aspecto, cumpre observar que, como é sabido, constitui princípio

Acesso ao Sumário

geral de direito intertemporal que a lei processual terá aplicação imediata, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior (tempus regit actum), haja vista que estando o processo "... em curso, tem atos que ainda não se realizaram ou foram praticados, a aplicação imediata da lei nova submete-os à regulamentação nela contida. Os atos anteriores não são atingidos, porém, pelo novo dispositivo legal, em virtude da irretroatividade da norma processual." (José Frederico Marques, Instituições de Direito Processual Civil, Editora Millenium, volume I, pág. 88/89).

Sobre o assunto, preleciona Moacyr Amaral Santos que "... a regra, também para as leis processuais, é que estas provêm para o futuro, isto é, disciplinam os atos processuais a se realizarem. Aplicação do princípio tempus regit actum. Os atos processuais já realizados, na conformidade da lei anterior, permanecem eficazes, bem como os seus efeitos." (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, Editora Saraiva, 1º volume, página 32).

Com efeito, na hipótese em apreço, o capítulo da r. sentença que se pretende rescindir e que não foi impugnado no recurso de apelação interposto pelo banco, transitou em julgado em 11 de novembro de 2014 (fls. 478), na vigência do Código de Processo Civil de 1973, que dispunha que "o direito de propor ação rescisória extingue em 2 (dois anos), contados do trânsito em julgado da decisão" (CPC 1973, art. 495), de modo que, de acordo com a legislação processual revogada, o prazo decadencial bienal se esgotaria em 11 de novembro de 2016. Entretanto, nesta data, já vigorava o Código de Processo Civil de 2015, por isso que, considerado o princípio geral de direito intertemporal de aplicabilidade imediata da lei processual, reputo que, na espécie, incide a disposição contida no artigo 975, caput, do Código de Processo Civil de 2015, que preconiza que "o direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo", cumprindo realçar ainda que, desde outubro de 2009, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já assentara entendimento de que "o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial." (Súmula n. 401, Corte Especial, julgado em 07/10/2009).

Acesso ao Sumário

Destarte, sopesado na espécie que o trânsito em julgado da última decisão proferida nos autos originários ocorreu em 11 de setembro de 2018 (fls. 648) e esta ação rescisória foi proposta no dia 1º de julho de 2019, quando ainda não havia se esgotado o prazo bienal pertinente, não remanesce dúvida de que não ocorreu a decadência.

Mas o pedido inicial é improcedente.

É que, na hipótese em apreço, aplica-se o teor da Súmula n. 343, C. do Supremo Tribunal Federal, que estabelece que "não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais".

É que o capítulo da r. sentença impugnado nesta causa, pertinente aos encargos incidentes sobre o valor a ser repetido à ora ré pelo banco, transitou em julgado em 11 de novembro de 2014, quando a questão era controvertida em nossos tribunais, tanto é que ela só foi pacificada por ocasião do julgamento do REsp 1.552.434, sob o regime dos recursos repetitivos, em 13 de junho de 2018, que firmou "a tese aplicável a todo contrato de mútuo feneratício celebrado com instituição financeira mutuante: 'Descabimento da repetição do indébito com os mesmos encargos do contrato'.". (REsp n. 1.552.434/GO, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 13/06/2018).

De fato, o C. Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que "o acórdão rescindendo foi proferido anteriormente, em 17/5/2011, com base na jurisprudência controvertida à época, situação que, nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte de Justiça, não autoriza o manejo da ação rescisória, consoante estabelece a Súmula 343/STF: 'Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais'.". (AR n. 5.294/DF, Relator Ministro Paulo Sérgio Domingues, Primeira Seção, julgado em 08/11/2023).

No mesmo sentido, há precedentes desta Corte.

"Ação rescisória - Pretensão da autora de desconstituir v. Acórdão proferido em ação de obrigação de fazer - Preliminar de ausência de interesse que se confunde com o mérito da ação - Ação rescisória fundada no artigo 966, V, do Código de Processo Civil - Alegação de violação do Artigo 31 da Lei n° 9.656/98 - Inocorrência - Acórdão baseado em texto legal de interpretação controvertida, à época, nos tribunais - Uniformização jurisprudencial posterior ao trânsito em julgado que não autoriza o manejo de ação rescisória - Ação rescisória julgada improcedente. Julga-se improcedente a ação rescisória." (Ação Rescisória n. 2006764-02.2022.8.26.0000, Relª. Desª. Marcia Dalla Déa Barone, 2º Grupo de Direito Privado, j. 25/10/2023).

"AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A TESE FIRMADA PELO STF. DESCABIMENTO DA RESCISÓRIA. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA RESCINDENDA POSTERIOR AO JULGAMENTO DO STF. Ação rescisória ajuizada pela ré de ação anterior, julgada procedente para condená-la ao pagamento de taxas associativas de manutenção de loteamento fechado. Alegação de violação à tese firmada pelo STF (Tema 492). Inadmissibilidade da ação rescisória, no caso. Sentença rescindenda cujo trânsito em julgado é posterior à fixação da tese pelo STF. Descabimento da ação rescisória nos termos do artigo 525, §§ 12 e 15, do CPC. Descabimento da ação rescisória. INDEFERIMENTO DA INICIAL. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO." (Ação Rescisória n. 2001713-73.2023.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Alberto de Salles, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 17/10/2023).

Acesso ao Sumário

"Ação Rescisória - Alegação de violação a norma jurídica/enunciado proferido em sede de repetitivo (artigo 966, V, do CPC) - Ausência de violação a norma jurídica - Descabimento da ação rescisória por violação de literal disposição de lei se, ao tempo em que foi prolatada a decisão rescindenda, a interpretação era controvertida nos Tribunais - Entendimento do C. STJ e deste Tribunal -Indeferimento da petição inicial - Extinção do processo, sem resolução de mérito." (Ação Rescisória n. 2105746-17.2023.8.26.0000, Rel. Des. Luiz Antonio Costa, 4º Grupo de Direito Privado, j. 23/06/2023).

Logo, na hipótese vertente, tendo em vista que a uniformização da jurisprudência sobre a matéria (encargos incidentes sobre o valor a ser repetido pela instituição financeira ao correntista), objeto do capítulo da r. sentença rescindenda, ocorreu após o trânsito em julgado, não há se cogitar de violação manifesta a norma jurídica, consoante preconiza a Súmula n. 343, do C. Supremo Tribunal Federal, e, por consequência, de rigor se faz o decreto de improcedência do pedido inicial.

Cumpre anotar, por fim, que cabia à instituição financeira ter impugnado o capítulo da r. sentença (que a condenou ao pagamento de dano material acrescido dos mesmos encargos incidentes na operação bancária) no recurso de apelação por ela interposto, mas, como já visto, o seu recurso não tratou da matéria, não podendo agora utilizar a via processual excepcionalíssima (ação rescisória) como sucedâneo recursal, eis que "revela-se incabível, outrossim, a utilização da ação rescisória como sucedâneo recursal, tendo em vista seu caráter excepcionalíssimo de desconstituição de provimento Jurisdicional definitivo, desde que maculado por vício de extrema gravidade, sendo de rigor a prevalência do valor Segurança Jurídica." (STJ, AgRg na AR 3867/PE, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 12/11/2014).

Em suma, julgo improcedente esta ação rescisória, revogo a antecipação de tutela concedida a fls. 950 e condeno o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários devidos ao advogado da ré, que arbitro em 10% sobre o valor atualizado da causa [R$ 3.599.086,63 (fls. 21)], revertida a importância do depósito de fls. 947 em favor da ré, no caso de julgamento unânime, nos termos parágrafo único, do artigo 974, do Código de Processo Civil."

2. Divergiu do Relator o 2º Juiz, nos termos do voto a seguir reproduzido (voto nº 46.556).

"1. Ouso divergir do Eminente Relator.

A sentença rescindenda é datada de 11.11.14, como extraio das informações contidas no voto de S. Exa.

E o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, Corte a que toca proclamar a interpretação uniforme da legislação federal em todo território nacional, por sua Segunda Seção (que, como sabemos, congrega as turmas encarregadas de litígios envolvendo o direito privado), firmara entendimento, em 28.3.07, dia-

Acesso ao Sumário

metralmente contrário ao adotado pela sentença rescindenda.

Confira-se:

"CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VALORES DESVIADOS PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DA CONTA CORRENTE DO DEPOSITANTE. Os danos a serem indenizados pela instituição financeira são aqueles decorrentes da transferência não justificada de fundos do correntista (a respectiva quantia nominal e os juros remuneratórios de um por cento ao mês) e as despesas (juros e tarifas) que em função do correspondente saldo negativo o depositante teve de suportar, mais (+) a correção monetária e os juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês na vigência do Código Civil anterior e os juros moratórios a partir da vigência do atual Código Civil na forma do respectivo art. 406. Recurso especial conhecido e parcialmente provido." (REsp 447.431/MG, Segunda Seção, Rel. Min. ARY PARGENDLER, j. 28.3.07).

É certo que a mesma Segunda Seção do STJ, em 14.12.16, fez instaurar procedimento de recursos especiais repetitivos sobre a tese, a tanto afetando o REsp 1.552.434/GO, sob a relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. E, com efeito, no ano de 2018, foi solucionado o repetitivo, com a fixação da seguinte tese: "Descabimento da repetição do indébito com os mesmos encargos do contrato" (Tema 968).

Parece-me claro, porém, que a instauração do repetitivo se fez no objetivo de atribuir caráter vinculante à tese que viesse a ser fixada, segundo a sistemática do Código de Processo Civil de 2015, então já em vigor.

Fato é que, desde o ano de 2007, insisto, a jurisprudência daquela Corte estava consolidada em sentido contrário à tese adotada pela sentença rescindenda e combatida no âmbito desta ação rescisória.

Bem é de ver que, no voto condutor do julgamento de instauração do repetitivo, foram colacionados inúmeros outros precedentes do STJ sobre o tema e todos eles são no exato sentido do entendimento firmado no ano de 2007.

Em face desse cenário, não vejo significado na circunstância de a questão ter continuado controvertida no âmbito dos tribunais locais, ao longo desses anos.

Interessa que a r. sentença rescindenda afronta o texto literal da lei federal, segundo a interpretação já então sedimentada na Corte Especial.

Nesse mesmo sentido, em hipótese em muito semelhante à tratada nestes autos, a declaração de voto vencedor que apresentei no julgamento da ação rescisória de acórdão de nº 2242719-57.2015.8.26.0000, pelo Egrégio 10º Grupo de Câmaras de Direito Privado, sob a relatoria do e. Des. Luis Carlos de Barros (j. 27.11.17).

Aliás, no referido julgado do 10º Grupo de Câmaras, assim como no recente julgado proferido por esta Egrégia 19ª Câmara na ação rescisória de

Acesso ao Sumário

sentença de nº 2080038-04.2019.8.26.0000, sob a relatoria do e. Des. Nuncio Theophilo Neto, ambas tidas como procedentes, atacavam-se decisões proferidas no ano de 2017, anteriormente à fixação da tese do repetitivo.

2. O pleito rescisório também procede no que se refere ao termo inicial dos juros de mora.

Efetivamente, a fixação desse termo na data do desfalque patrimonial, em se tratando de responsabilidade de fundo contratual, violou manifestamente a norma do art. 405 do CC, consoante a também tranquila jurisprudência do STJ nesse específico tema (v.g. AgRg no REsp 1.080.005/RS, 4ª T., Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, j. 28.3.11; e AgRg no REsp 1.300.894, 4ª T., Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, j. 10.3.16, cujas ementas são transcritas a fls. 15/16; AgRg no Ag 1.085.240, 4ª T., Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 15.2.11.).

3. Com essas considerações, meu voto proclama a procedência da ação rescisória, quer para a desconstituição da sentença rescindenda, quer para a prolação de nova decisão, em substituição, nos termos dos pedidos (v. fl. 21, letra "c").

Assim, afora a atualização monetária já determinada na sentença rescindenda, o valor da condenação será acrescido de juros de mora, mas à taxa legal, de 1% a.m., a contar da citação para a ação indenizatória.

Ainda pelo meu voto, a ré arcará com as despesas do processo, devendo ressarcir as feitas pelo autor, atualizadas desde os desembolsos, além de honorários de sucumbência, estes arbitrados em 10% sobre o proveito econômico obtido com esta demanda, isto é, a diferença entre o que seria devido, se subsistisse a sentença, e o que será efetivamente devido, segundo o ora decidido."

3. Após a 3ª Juíza ter acompanhado o voto do Relator, assentou-se o improvimento da ação rescisória.

Aplicada a técnica do art. 942 do CPC, prevaleceu a posição sustentado pelo 3º Juiz, vencidos o Relator sorteado e a 3ª Juíza.

Designado o 2º Juiz para a lavratura do acórdão.

Nesses termos, rejeitaram as preliminares, por votação unânime, e, em julgamento estendido, na forma do art. 942 do CPC, proclamaram a procedência da ação rescisória, vencidos o Relator sorteado e a 3ª Juíza.

Acesso ao Sumário

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

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

2095502-29.2023.8.26.0000, da Comarca de Franca, em que são agravantes JOSÉ LUIS CARRENHO GRANERO e CARLOS ALBERTO GRANERO, é agravado COOPERATIVA DE CRÉDITO DOS PRODUTORES RURAIS E EMPRESARIOS DO INTERIOR PAULISTA - SICOOB COCRED.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40472)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARINO NETO (Presidente), MARCO FÁBIO MORSELLO e JOSÉ WILSON GONÇALVES.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2024.

MARINO NETO, Relator

Ementa: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - ALIENAÇÃO PARTICULAR DE BENS - AGRAVO DE INSTRUMENTO DOS EXECUTADOS - Irresignação com relação à decisão que homologou a proposta de alienação apresentada pela empresa Spadare Administradora de Bens Ltda. e determinou o depósito dos valores oferecidos - Alegação no sentido de que não observadas as regras impostas pelo próprio D. Juiz da causa para o processamento da alienação - Pretensão de revogação da homologação da proposta e determinação de nova avaliação - Subsidiariamente, requerem que seja considerada e homologada a proposta apresentada pela empresa T. F. Gurgel - Não acolhimento - Regras estabelecidas nos autos e aceitas pelas partes que foram devidamente observadas - Processamento da alienação que perdurou por seis meses, tendo o D. Juiz da causa homologado a melhor proposta - Valor aceito que não é inferior a 50% do valor da avaliação, cabendo lembrar que o Juiz da causa não precisa necessariamente considerar que o valor mínimo seja aquele apontado na avaliação - Desnecessidade de nova avaliação considerando que a alienação foi concluída com a apresentação de três propostas - Impossibilidade, ademais, de aceitação da proposta da empresa T. F. Gurgel por ser extemporânea. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão de fls. 716/717 dos autos originários que, na execução de título extrajudicial[1] ajuizada por **Sicoob Cocred Cooperativa de Crédito** em face de **Calven Shoes Indústria de Calçados Ltda. e Carlos Alberto Granero**, homologou a proposta de alienação apresentada pela empresa Spadare Administradora de Bens Ltda. e determinou o depósito dos valores oferecidos, nos seguintes termos:

"*Vistos.*

O prazo concedido a fls. 344, para efetivação da alienação, é de direito material e, não, processual. Exatamente por isso, o prazo deverá ser contado em dias corridos e não apenas em dias úteis conforme pretendem os demais interessados em adquirir o imóvel. Por tais razões, indefiro o pedido feito pelos terceiros interessados (fls. 655/658 e 707/709).

De outro lado, diante da concordância da exequente e do silêncio dos executados e, ainda, porque a proposta de alienação apresentada pela empresa Spadare Administradora de Bens Ltda. (fls.673/674) foi feita dentro do prazo previsto no edital, homologo-a.

Intime-se a adquirente para comprovar nos autos o depósito do valor da entrada (R$ 6.000.000,00) e da comissão do leiloeiro R$ 389.100,00) e, no prazo de 24 horas, a parcela correspondente ao saldo da proposta (R$ 1.782.000,00).

Após, lavre-se o termo de alienação. Com as assinaturas necessárias, aguarde-se o decurso do prazo previsto no §2º, do art. 903 do Código de Processo Civil (dez dias após o aperfeiçoamento).

Após, a serventia deverá certificar se houve impugnação. (...)".

Os agravantes requerem a reforma da decisão, alegando, em síntese, que a condução do processo de alienação judicial e o seu pretenso desfecho não ocorreram de forma transparente e equânime, pois não foram observadas as regras atinentes do processo de execução, especialmente aquelas que foram estipuladas pelo próprio D. Juiz da causa às fls. 344/345 dos autos, quais sejam: i) a venda somente seria concretizada com propostas pelo valor integral do bem, avaliado em R$ 15.460.858,00 (quinze milhões, quatrocentos e sessenta mil e oitocentos e cinquenta e oito reais), à vista, ou com entrada de valor equivalente à 25% do valor do bem, à vista, e parcelamento em 12 parcelas do valor remanescente; e ii) decorrido o prazo da alienação particular, nos termos dos parâmetros determinados, dever-se-ia realizar nova avaliação do bem para reconsideração do preço mínimo ou para apuração das condições do mercado.

Afirmam que a proposta apresentada e homologada pela decisão agravada é equivalente à aproximadamente a 50% do valor da avaliação, o que somente poderia ser aceito após a fixação de novo valor do bem, por meio de realização

Acesso ao Sumário

1 Valor da causa: R$ 244.286,98, em abril de 2021.

de nova avaliação, considerando o decurso do prazo de seis meses estabelecido na decisão de fls. 344/345 para a venda particular.

Sustentam, ainda, que a proposta homologada pela decisão recorrida não atendeu aos parâmetros estabelecidos pela decisão que balizou a venda particular, bem como tem valor inferior à proposta de fls. 718/720 apresentada pela empresa T. F. Gurgel Participações e Serviços Ltda.

Requerem a reforma da decisão para que seja revogada a homologação da proposta de compra apresentada pela empresa Spadare Participações Ltda., bem como seja determinada a realização de nova avaliação do bem para a fixação do preço de venda e, em consequência, o reinício do processo para nova tentativa de venda particular ou por meio de leilão judicial.

Subsidiariamente, requerem que seja considerada e homologada a proposta apresentada pela empresa T. F. Gurgel às fls. 685/691 e melhorada às fls. 718/720.

Recurso recebido e processado com a concessão de efeito suspensivo.

A agravada, regularmente intimada, apresentou contraminuta às fls. 1.032/1.046, requerendo o não provimento do recurso.

É o relatório.

Sicoob Cocred Cooperativa de Crédito ajuizou execução de título extrajudicial em face de Calven Shoes Indústria de Calçados Ltda. e Carlos Alberto Granero, em abril de 2021, lastreada na Cédula de Crédito Bancário nº 78.956-66, no valor de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais), emitida em 18/12/2019, para pagamento em 12 (doze) parcelas iguais e sucessivas, que restou inadimplida.

O coexecutado Carlos indicou bem imóvel de sua propriedade à penhora, avaliado em R$ 25.385,436 (vinte e cinco milhões, trezentos e oitenta e cinco mil, quatrocentos e trinta e seis reais).

A exequente aceitou a indicação, porém discordou do valor indicado pelo coexecutado e apresentou três cotações do bem no mercado, realizadas por profissionais habilitados, onde apurou-se o valor máximo do imóvel em R$ 12.073.419,47 (doze milhões, setenta e três mil, quatrocentos e dezenove reais e quarenta e sete centavos) - fls. 125/127.

Diante da divergência em relação ao valor, o D. Juiz da causa nomeou Perito Judicial, o qual apresentou laudo em 13/12/2021 (fls. 231/266), avaliando o imóvel em R$ 15.460.858,00 (quinze milhões, quatrocentos e sessenta mil, oitocentos e cinquenta e oito reais).

Apesar da discordância dos executados, o D. Juiz da causa homologou o laudo do perito em 03/05/2022.

Em seguida, a exequente peticionou nos autos requerendo autorização para alienação do bem constrito por iniciativa particular (artigo 879 do Código de Processo Civil).

Sobreveio a decisão de fls. 344/345 proferida em 08/06/2022 nos seguin-

Acesso ao Sumário

tes termos:

"*Vistos.*

Defiro o pedido de alienação particular do imóvel penhorado a fls. 103/104, a ser realizada por iniciativa da própria parte exequente.

A alienação deverá ser efetivada pelo prazo máximo de 6 (seis) meses, por preço não inferior ao valor da última avaliação (fls. 144), mediante o depósito de pelo menos 25% do valor à vista, autorizado o parcelamento do restante em até 12 (doze) vezes.

Caso haja interessados na aquisição por valor inferior ao da avaliação, as propostas serão consignadas nos autos para decisão judicial do incidente, dando-se ciência às partes para manifestação no prazo comum de quinze dias.

Fica desde já registrado, entretanto, que, em nenhuma hipótese o bem poderá ser vendido por preço inferior ou igual a 50% do valor atualizado de avaliação do bem.

A alienação por iniciativa particular será precedida de ampla publicidade, preferencialmente por mídia eletrônica, desnecessária a publicação de editais, observado o disposto no art. 242 das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Decorrido o prazo sem que seja possível a alienação particular, poderão ser reconsiderado o preço mínimo, ou, ainda, caso se apure alterações nas condições do bem ou do mercado, determinada a reavaliação.

Oportunamente, manifeste-se o exequente em termos de prosseguimento.

Int."

Iniciado o quarto ciclo da alienação por iniciativa particular (19/08/2022), o leiloeiro oficial comunicou a apresentação de uma proposta da empresa Spadare Administradora de Bens, que ofereceu o valor de R$ 7.731.429,00, equivalente à 50,01% do valor da avaliação, a ser pago de forma parcelada, com entrada de R$ 2.700.000,00, equivalente à 34,92% do valor da proposta, a ser paga em 48 horas a contar do despacho de homologação, e o restante em 12 (doze) parcelas mensais no valor de R$ 419.285,75 (fls. 394/396).

Devidamente intimadas, as partes manifestaram-se às fls. 400/401, 402/403 e 431.

Os executados discordaram da proposta apresentada.

A exequente, por sua vez, aceitou os termos apresentados.

Em 27/10/2022, o D. Juiz da causa proferiu o despacho de fls. 590/591, determinando que se aguardasse o prazo máximo do leilão para, após, apreciar a oferta de fls. 394/396.

Em 21/11/2022, o leiloeiro judicial informou o recebimento de nova

Acesso ao Sumário

proposta, agora da empresa T. F. Gurgel Participações e Serviços Ltda. (fls. 643/644), oferecendo o valor R$ 7.732.000,00, a ser pago à vista mediante depósito judicial em até 24 horas contadas do deferimento do pedido, e mais o valor de R$ 386.600,00 da comissão de leiloeiro.

Em 15/12/2022, data do encerramento do leilão, o leiloeiro comunicou a apresentação de uma nova proposta da empresa Spadare, às 15 horas, oferecendo o valor de R$ 7.782.000,00, a ser pago da seguinte forma: R$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais), em parcela única, em até 24 horas contadas da homologação da proposta, e o saldo de R$ 1.782.000,00 (um milhão setecentos e oitenta e dois mil reais), em parcela única, no mês subsequente ao depósito da entrada (fls. 669/674).

A empresa T. F. Gurgel Participações e Serviços Ltda. manifestou-se nos autos em 13/01/2023 (fls. 685/691), apontando má-fé da empresa Spadare que "*teve acesso à boa proposta ofertada pela ora manifestante nos autos e acabou por apresentar, literalmente no último minuto do último dia do prazo - consoante constatado pelo próprio leiloeiro às fls. 609 - uma nova proposta agregando apenas e tão somente R$ 50.000,00 ao valor já anteriormente ofertado pela manifestante (R$ 7.732.000,00), apresentando, contudo, condições de pagamento menos favoráveis que aquelas propostas pela empresa T. F. Gurgel*".

Apresentou, ainda, uma nova proposta para aquisição do bem nos seguintes termos: i) o pagamento do valor de R$ 7.900.000,00, à vista, mediante o depósito judicial em até 24 horas contadas do deferimento do pedido; ii) pagamento da comissão de leiloeiro no valor de R$ 395.000,00, correspondente a 5% do valor de compra do imóvel.

Em seguida, a exequente manifestou-se nos autos requerendo a homologação da maior proposta ofertada nos autos, ressaltando que, embora com valor superior, a proposta apresentada pela T. F. Gurgel é extemporânea e não pode ser aceita.

Os executados, por sua vez, manifestaram-se às fls. 707/709.

Sobreveio a decisão recorrida, a qual deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Isso porque, não se verifica nenhuma irregularidade na alienação por iniciativa particular, tendo o D. Juiz da causa conduzido o processamento de acordo com as normas legais.

A decisão de fls. 344/345 dos autos foi clara ao dispor que alienação seria efetivada por preço não inferior ao da avaliação, mediante o depósito de pelo menos 25% do valor à vista. Além disso, deixou registrado que, em nenhuma hipótese, o bem seria vendido por preço inferior ou igual a 50% do valor atualizado da avaliação. Ressaltou, ainda, que, caso houvesse interessados na aquisição por valor inferior ao da avaliação, as propostas seriam consignadas nos autos para decisão judicial. E assim foi feito.

Acesso ao Sumário

De rigor ressaltar que não há notícia da interposição de pertinente e tempestivo recurso contra referida decisão, o que nos faz concluir que as partes concordaram com o rito proposto para a alienação do bem imóvel.

Portanto, ao contrário do que querem fazer crer os agravantes, a decisão recorrida está de acordo com os parâmetros fixados no artigo 880 do Código de Processo Civil, e atendeu exatamente as regras fixadas na decisão de fls. 344/345.

Como se observa dos autos, o procedimento perdurou pelo tempo de seis meses, tendo o D. Juiz a causa homologado a melhor proposta apresentada nos autos até a data de encerramento do leilão.

Em relação ao montante homologado, é certo que ele não é inferior a 50% do valor atualizado da avaliação, cabendo lembrar que o Juiz da causa não precisa necessariamente considerar que o valor mínimo seja aquele apontado na avaliação.

Sobre o artigo 880 do Código de Processo Civil ensina Daniel Amorim Assumpção Neves:

> *"O juiz, portanto, para fixar o valor mínimo indicado pelo dispositivo legal ora comentado, deverá levar em conta o valor da avaliação, mas somente para ter uma base para a fixação do valor mínimo a ser alcançado pela alienação particular. Deve considerar, especialmente, o preço que o bem obteria em um futuro leilão público, podendo determinar um preço mínimo que não seja vil, mas que também não chegue ao valor da avaliação.*
>
> *(...) Registre-se, por fim, que o juiz não estará absolutamente adstrito às condições fixadas na decisão que defere a alienação por iniciativa particular, sendo possível admitir proposta que não contemple exatamente tais condições, mas seja razoável e compatível com os princípios da efetividade da tutela jurisdicional e a menor onerosidade ao executado. Assim, uma diferente forma de pagamento, uma diferente espécie de garantia, ou até mesmo um preço diferente do determinado pelo juiz, podem representar um "bom negócio" para o processo, não havendo sentido entender que, por diferente das condições fixadas pelo juiz, deva a proposta ser a priori rejeitada." (Novo Código de Processo Civil Comentado - 3. ed. rev. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, págs. 880/881).*

A propósito, segue precedente desta Corte:

"EXECUÇÃO - Alienação particular - Insurgência da executada contra a decisão que autorizou a alienação particular do bem penhorado sob o fundamento de defesa à meação do seu cônjuge - Descabimento - A ninguém é dado pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico - Ausência de qualquer hipótese legal autorizadora de excepcional legitimidade - Exegese do art. 18 do

Acesso ao Sumário

CPC/2015 - Matéria não conhecida. EXECUÇÃO - Alienação particular - Previsão da possibilidade de venda do bem por valor correspondente, no mínimo, até a metade do valor atualizado da avaliação - Cabimento - Aplicação do parâmetro legal para a definição de preço vil - Exegese do art. 891, parágrafo único, do CPC/2015 - Decisão mantida. Recurso conhecido em parte e desprovido". (g.n.)

(TJSP; Agravo de Instrumento 2128770-50.2018.8.26.0000; Relator (a): Álvaro Torres Júnior; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bauru - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/12/2018; Data de Registro: 12/12/2018).

Por outro lado, importa ressaltar que só seria necessária a realização de nova avaliação do bem, como alegado, caso não fosse possível a alienação particular, o que não se verificou no caso, considerando a existência de três propostas para a venda do imóvel.

Por fim, não existe razão para revogar a homologação da proposta da empresa Spadare, pois ela foi apresentada dentro do prazo legal e em valor maior do que a primeira proposta oferecida pela T. F. Gurgel Participações e Serviços Ltda.

Em relação ao pedido subsidiário, melhor sorte não assiste aos agravantes, considerando que a proposta de fls. 685/691 dos autos é extemporânea, como alegado pela agravada.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos destes autos de Agravo de Instrumento nº 2014052-30.2024.8.26.0000, da Comarca Orlândia, em que é agravante ANA MENDONÇA RIZZARDO, é agravada OLÍVIA CONCEIÇÃO RAMOS.

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 37.592)**

O julgamento teve a participação do Exmos. Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente), DONEGÁ MORANDINI e VIVIANI NICOLAU.

São Paulo, 27 de fevereiro de 2024.

JOÃO PAZINE NETO, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento. Cumprimento de sentença. Decisão agravada que reconheceu a ocorrência de fraude à execução e declarou ineficaz a

Acesso ao Sumário

doação da Executada a seus filhos, no valor de R$ 300.000,00, com determinação para que sobre ela recaia a penhora. Insurgência da Executada. Não acolhimento. Elementos colacionados ao processo que comprovam a ocorrência da hipótese prevista no artigo 792, IV, do Código de Processo Civil. Executada que, mesmo ciente da existência da ação de cobrança e indenizatória que tramitava contra si, capaz de reduzi-la à insolvência, deliberadamente esvaziou seu patrimônio com a realização de doações de valores a seus filhos. Fraude à execução configurada. Decisão mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, tirado contra a r. decisão proferida em cumprimento de julgado, de págs. 1.244/1.245, complementada à pág. 1.259 do processo originário que reconheceu a ocorrência de fraude à execução e declarou ineficaz a doação da Executada a seus filhos no valor de R$ 300.000,00, com determinação para que sobre ela recaia a penhora.

Recorre a Executada, em síntese, para alegar que a r. decisão recorrida merece reforma, para reconhecer a inexistência de fraude à execução em relação às doações realizadas em data anterior ao início do cumprimento de sentença promovido pela ora Agravada. Afirma que a Exequente, ora Agravada, após mais de quatro anos do início da execução, pleiteou o reconhecimento de fraude à execução, baseada em declaração de imposto de renda apresentada pela Agravante à Receita Federal do Brasil, porém, não obstante comprovada a inexistência dos requisitos legais para a caracterização de fraude à execução, a r. decisão recorrida incorreu em erro, ao afirmar que a execução foi distribuída em 2004, porém o cumprimento de julgado se iniciou no segundo semestre de 2018 e teve lastro em sentença transitada em julgado sem que, à revelia da Agravante, tivesse sido interposto recurso de apelação, pois seu antigo patrono somente a cientificou da não interposição de apelação dias depois e a doação realizada pela ora Agravante a seus filhos (R$ 300.000,00) ocorreu no primeiro semestre de 2018, ou seja, antes da propositura do cumprimento de sentença, de modo que a ora Agravante não tinha ciência da condenação havida no processo de conhecimento, quando realizou as transferências em questão. Salienta ainda que, ante o abalo e a insatisfação com a atuação dos patronos então constituídos, promoveu representação contra eles junto à OAB, por não terem interposto recurso contra sentença desfavorável. Entende que a existência de uma execução é pressuposto da fraude à execução, de modo que a Agravada teria confundido os institutos da fraude à execução e da fraude contra credores. Sustenta ainda que nenhuma das

Acesso ao Sumário

hipóteses do artigo 792 do CPC restaram demonstradas e não houve insolvência ou mesmo conluio ou qualquer tipo de fraude, até porque a boa-fé se presume e a má-fé deveria ser comprovada. Enuncia que a Agravante realizava anualmente (até 2018), aportes de valores a seus filhos, em parte para ressarcir despesas suas que eram pagas por eles, o que não foi impugnado pela Agravada.

Recurso tempestivo, com preparo anotado (págs. 21/22).

Não foi concedido o efeito suspensivo ao recurso. Dispensado o cumprimento do disposto no art. 1.019, II, do CPC (pág. 34).

É o relatório.

O recurso não merece prosperar.

Pelo que se infere do processo, a r. decisão agravada se mostra correta, ao declarar a ocorrência de fraude à execução, no caso em tela.

Importante observar que aplicável ao caso a hipótese legal prevista no artigo 792, IV, do Código de Processo Civil, que expressamente dispõe que a alienação de bem é considerada em fraude à execução quando, ao tempo da alienação, tramitava contra o devedor **ação** capaz de reduzi-lo à insolvência.

De rigor aqui apontar que não assiste razão à Agravante na alegação de que, quando realizada a doação, ainda não existia processo executivo, de modo que a doação seria válida e legal, pois, conforme expressa disposição legal, para que a alienação seja caracterizada em fraude à execução, basta que, ao seu tempo tramitasse contra a devedora **ação** (não especificamente execução) capaz de reduzi-la à insolvência, o que efetivamente restou demonstrado no presente processo.

Dos elementos constantes no processo se extrai que a ora Agravante teve promovida contra si ação de cobrança c.c. indenização por danos morais e materiais, proposta em 2004, e, durante o curso da ação, mas principalmente após ser condenada em primeiro grau de jurisdição (sentença prolatada em 28.06.2018 - págs. 45/51 do processo originário), deliberadamente realizou o esvaziamento de seu patrimônio, se reduzindo à insolvência, ao promover a doação de valores expressivos (R$ 300.000,00) a seus cinco filhos, conforme declaração ao fisco (pág. 570 do processo originário).

Das declarações de imposto de renda colacionadas ao processo (págs. 518/577 do processo originário) claramente se verifica a intenção deliberada da ora Executada em dilapidar seu patrimônio no curso da ação de conhecimento em face dela promovida, tanto que, após a propositura do cumprimento de julgado, não foram localizados ou mesmo indicados quaisquer bens/valores suficientes para responder pela dívida, diga-se de passagem, expressiva (superior a R$ 345.000,00 - cf. laudo homologado - págs. 349 do processo originário), que possui com a Exequente.

Competia à Executada o ônus da prova quanto a possuir outros bens para satisfazer a execução, no que não logrou êxito, conforme se extrai de suas de-

Acesso ao Sumário

clarações de imposto de renda e de seus próprios argumentos, de modo que de rigor a manutenção da r. decisão recorrida, com o reconhecimento da ocorrência de fraude à execução em relação à doação do valor de R$ 300.000,00, apontada no processo.

No caso em concreto, patente a má-fé da devedora, ora Executada, que, ciente de que tramitava ação de cobrança c.c. indenizatória contra ela, entendeu por esvaziar seu patrimônio, com transferências a título gratuito à sua prole, para se livrar de arcar com a dívida que, possivelmente, recairia sobre ela.

Sequer prospera a argumentação da Executada de que foi prejudicada pela atuação do patrono então constituído por ela, ao não recorrer da sentença de primeiro grau, pois foi citada pessoalmente em 2004, de forma que tinha ciência da ação em face dela promovida, o que poderia lhe acarretar uma condenação, como efetivamente veio a ocorrer. Ademais, eventual prejuízo causado pelo antigo advogado deve, se o caso, ser buscado pela ora Agravante por meio próprio, pois não diz respeito aos fatos ora tratados.

Também totalmente descabidos os argumentos da Executada, ora Agravante, acerca de ter demonstrado que os valores doados a seus filhos se tratavam de ressarcimentos por dívidas por eles contraídas em seu favor, pois eventual direito deles deveria ser arguido pelos interessados por meio de ações próprias (embargos de terceiro), o que não se verificou, apesar dos supostos credores da Agravante (seus filhos) terem sido intimados no presente processo acerca da arguição de fraude à execução.

Portanto, caracterizada a fraude à execução, com fundamento no artigo 792, IV, do CPC, a tornar de rigor a manutenção da r. decisão agravada.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2008436-74.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante DAF CAMINHÕES BRASIL INDÚSTRIA LTDA (DAF BRASIL), é agravado AUSTRAL CAMINHÕES LTDA.

ACORDAM, em 28ª 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 54.092)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente), RODRIGUES TORRES e FERREIRA DA CRUZ.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 19 de março de 2024.
DIMAS RUBENS FONSECA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE. CONTRATO DE CONCESSÃO ENTRE PRODUTOR E DISTRIBUIDOR DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. Inconformismo contra decisão que deferiu a tutela de urgência, determinando a suspensão dos efeitos da notificação extrajudicial de rescisão contratual. Possibilidade, em prestígio aos art. 170, IV, da Constituição Federal, art. 24 da Lei Ferrari e art. 421 do Código Civil. Elementos constantes nos autos que, em análise de cognição sumária, afastam a tese de probabilidade de direito. Precedentes do C. STJ e deste E. TJSP. Notificação, ademais, que foi encaminhada à concessionária agravada mais de 120 dias antes da distribuição da ação judicial, o que infirma a alegação de periculum in mora. Decisão reformada. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **DAF CAMINHÕES BRASIL INDÚSTRIA LTDA.** contra a decisão proferida nos autos da tutela antecipada em caráter antecedente que lhe move **AUSTRAL CAMINHÕES LTDA.,** que deferiu a tutela de urgência requerida para determinar a manutenção do contrato de concessão estabelecido entre as partes, ficando suspensos, por corolário, os efeitos da notificação de rescisão encaminhada pela requerida.

Sustentou, a agravante, em síntese, que rescindiu, imotivadamente, o contrato de concessão havido entre as partes e que não se furtará ao pagamento das verbas indenizatórias, segundo a Lei Ferrari, não sendo a razão desta, jamais, manter as partes em vínculo eterno; que, conquanto tenha manifestado a intenção de rescindir unilateral e imotivadamente o contrato, desde o início do negócio jurídico, houve diversas falhas por parte da agravada; que notificou a agravada sobre a rescisão conforme determina o artigo 22, § 2º, da Lei nº 6.729/79; que expôs claramente sua intenção de rescindir, de forma imotivada, o contrato, chegando a encaminhar uma estimativa de valores indenizatórios em decorrência da rescisão; que o artigo 24 da Lei Ferrari autoriza a extinção imotivada do contrato, alinhando-se aos princípios gerais de livre iniciativa da atividade econômica; que ninguém pode ser obrigado a contratar ou permanecer

Acesso ao Sumário

contratado, resolvendo-se em perdas e danos eventuais prejuízos havidos; que, uma vez que o Contrato vigorava por prazo indeterminado, a sua resilição é plenamente válida e cabível; que o prazo de cura estabelecido pelas cláusulas 21.2 e 21.6.c da avença tem aplicação apenas em casos de rescisão motivada do contrato celebrado, o que não é a hipótese dos autos; que a concedente não pretende rescindir o contrato de concessão por justa causa e, portanto, não são cabíveis as penalidades mencionadas na inicial; que foram inúmeras as falhas cometidas pela agravada que levaram ao descontentamento da recorrente; que não há *periculum in mora*, uma vez que a recorrida foi notificada em agosto e somente ingressou com a demanda em dezembro, às vésperas do recesso judiciário; que a empresa agravada é sólida, possuindo recursos suficientes para se manter em funcionamento durante o prazo legal estabelecido para o pagamento da indenização pela rescisão contratual.

Apresentada manifestação pela agravada em relação ao deferimento da antecipação da tutela recursal (fls. 344/352).

Foi deferido o efeito suspensivo pretendido.

Contraminuta veio aos autos às fls. 406/443, com pleito de desprovimento do recurso.

É o relatório.

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, eis que o tema se ajusta à hipótese prevista no inc. I do art. 1.015 do Código de Processo Civil.

O art. 300 do Código de Processo Civil estabelece que "*A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*".

Da interpretação do referido dispositivo, conclui-se que a medida excepcional antecipatória se funda na probabilidade de existência do direito invocado, com base em prova capaz de convencer o Juiz da verossimilhança das alegações e da necessidade de concedê-la.

Assim, uma vez deferida a tutela de urgência, a sua revogação ou modificação somente é possível se, mediante requerimento da parte interessada, houver alteração no quadro fático probatório capaz de demonstrar a ausência de um dos requisitos que possibilitaram o deferimento da medida.

Acesso ao Sumário

Essa disposição legal é consequência lógica do direito ao contraditório, que, na tutela de urgência, é apenas diferido, porquanto o Magistrado, ao concedê-la, baseia-se somente na versão unilateral do autor, que deve estar devidamente aparelhada e, por essa mesma razão, pode revogá-la caso os argumentos e provas em contrário isso motivem.

No caso em estudo, tem-se que a agravada ajuizou tutela antecipada em caráter antecedente contra a agravante alegando que, em 20 de setembro de 2013, celebrou com a recorrente o contrato de concessão, tendo por objeto: I) o direito exclusivo de revender os produtos dentro de sua área operacional; II) a

prestação, pelo concessionário, de serviços de assistência técnica a estes produtos; e, III) direito de uso gratuito das marcas da DAF Brasil (cláusula 4.1 - fls. 58 dos autos principais).

A avença foi firmada com prazo inicial de vigência de 05 (cinco) anos, com renovação automática por prazo indeterminado (cláusula 21.1 - fls. 85 dos autos originais).

O contrato ainda dispõe, em sua cláusula 21.6, que poderá haver rescisão: I) por consenso entre as partes; II) em caso de força maior; e, finalmente, no caso de não observância dos termos da Lei e Normas de Concessão que não seja sanada no prazo de 10 (dez) dias úteis, por meio de notificação à parte infratora (fls. 86).

De acordo com a agravada, a agravante DAF efetuou notificação informando a rescisão do contrato na forma do artigo 22, § 2º, e 27, ambos da Lei nº 6.729/79, sem, no entanto, indicar fundamento específico para o desfazimento do negócio jurídico pretendido.

A tutela de urgência foi concedida para "*determinar a manutenção do contrato de concessão estabelecido entre as partes, ficando suspensos, por corolário, os efeitos da notificação da rescisão encaminhada pela requerida*" (fls. 144 dos autos mencionados).

A agravante, então, interpôs este agravo de instrumento, aduzindo que a recorrida altera a verdade dos fatos, e que pretende a rescisão imotivada do contrato, na forma do artigo 24 da Lei Ferrari, chegando a encaminhar uma estimativa de valores indenizatórios em decorrência da rescisão.

Assinale-se que a concessão comercial de veículos automotores é regida pela Lei 6.729/1979, também conhecida como Lei Ferrari, a qual tem como objetivo equilibrar a relação existente entre produtores (montadoras de veículos) e distribuidoras (concessionárias).

O art. 21 da Lei nº 6.729/79, com as alterações trazidas pela Lei nº 8.132/90, dispõe que: "*A concessão comercial entre produtor e distribuidor de veículos automotores será de prazo indeterminando e somente cessará nos termos desta Lei*", elencando os art. 22 as formas em que poderá ocorrer a resolução do contrato.

"*Art. 22. Dar-se-á a resolução do contrato: I - por acordo das partes ou força maior; Il - pela expiração do prazo determinado, estabelecido no início da concessão, salvo se prorrogado nos termos do artigo 21, parágrafo único; III - por iniciativa da parte inocente, em virtude de infração a dispositivo desta Lei, das convenções ou do próprio contrato, considerada infração também a cessação das atividades do contraente. § 1º A resolução prevista neste artigo, inciso III, deverá ser precedida da aplicação de penalidades gradativas. § 2º Em qualquer caso de resolução contratual, as partes disporão do prazo necessário à extinção das suas relações e das operações do concessionário, nunca*

Acesso ao Sumário

inferior a cento e vinte dias, contados da data da resolução".

A "Lei Ferrari" ainda dispõe: *Art. 23. O concedente que não prorrogar o contrato ajustado nos termos do art. 21, parágrafo único, ficará obrigado perante o concessionário a: I - readquirir-lhe o estoque de veículos automotores e componentes novos, estes em sua embalagem original, pelo preço de venda à rede de distribuição, vigente na data de reaquisição: II - comprar-lhe os equipamentos, máquinas, ferramental e instalações à concessão, pelo preço de mercado correspondente ao estado em que se encontrarem e cuja aquisição o concedente determinara ou dela tivera ciência por escrito sem lhe fazer oposição imediata e documentada, excluídos desta obrigação os imóveis do concessionário. Parágrafo único. Cabendo ao concessionário a iniciativa de não prorrogar o contrato, ficará desobrigado de qualquer indenização ao concedente.*

Art. 24. Se o concedente der causa à rescisão do contrato de prazo indeterminado, deverá reparar o concessionário: I - readquirindo-lhe o estoque de veículos automotores, implementos e componentes novos, pelo preço de venda ao consumidor, vigente na data da rescisão contratual; II - efetuando-lhe a compra prevista no art. 23, inciso II; III - pagando-lhe perdas e danos, à razão de quatro por cento do faturamento projetado para um período correspondente à soma de uma parte fixa de dezoito meses e uma variável de três meses por quinqüênio de vigência da concessão, devendo a projeção tomar por base o valor corrigido monetariamente do faturamento de bens e serviços concernentes a concessão, que o concessionário tiver realizado nos dois anos anteriores à rescisão; IV - satisfazendo-lhe outras reparações que forem eventualmente ajustadas entre o produtor e sua rede de distribuição.

Art. 25. Se a infração do concedente motivar a rescisão do contrato de prazo determinado, previsto no art. 21, parágrafo único, o concessionário fará jus às mesmas reparações estabelecidas no artigo anterior, sendo que: I - quanto ao inciso III, será a indenização calculada sobre o faturamento projetado até o término do contrato e, se a concessão não tiver alcançado dois anos de vigência, a projeção tomará por base o faturamento até então realizado; Il - quanto ao inciso IV, serão satisfeitas as obrigações vicendas até o termo final do contrato rescindido.

Pois bem, no caso dos autos, em sede sumária de cognição, entende-se que foram apresentados elementos aptos a afastar a tutela de urgência outrora deferida.

Assente-se que, em interpretação sistemática do artigo 170, IV, da Constituição Federal e dos artigos 24 da Lei Ferrari e 421 do Código Civil, conclui-se que é possível que haja a rescisão unilateral e imotivada em contrato renovado por prazo indeterminado.

A agravante informou que sua pretensão é justamente essa - a rescisão imotivada do contrato.

Acesso ao Sumário

Vale dizer, em outras palavras, que a Lei Ferrari não impede a denúncia imotivada do contrato, assentando, apenas, que, em ocorrendo, as obrigações devem se resolver em perdas e danos em favor da parte contrária.

Pertinente: "*CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO CONCESSIVA DE LIMINAR. RECURSO ESPECIAL RETIDO. ART. 542, § 3º, DO CPC. NÃO-INCIDÊNCIA. ROMPIMENTO CONTRATUAL IMOTIVADO. LEI N.º 6.729/79 - "LEI FERRARI". BOA-FÉ OBJETIVA. LIBERDADE CONTRATUAL. MANUTENÇÃO FORÇADA DO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Cuidando-se de decisão concessiva de liminar em ação cautelar, descabe a incidência do art. 542, § 3º, do CPC, uma vez que a retenção do recurso, nesse caso, inviabilizaria a própria solução da controvérsia tratada nesse momento processual, haja vista que, por ocasião da eventual ratificação do recurso, o próprio mérito da ação já teria sido julgado e mostrar-se-ia irrelevante a discussão acerca da tutela provisória. 2. O princípio da boa-fé objetiva impõe aos contratantes um padrão de conduta pautada na probidade, "assim na conclusão do contrato, como em sua execução", dispõe o art. 422 do Código Civil de 2002. Nessa linha,* ***muito embora o comportamento exigido dos contratantes deva pautar-se pela boa-fé contratual, tal diretriz não obriga as partes a manterem-se vinculadas contratualmente ad aeternum, mas indica que as controvérsias nas quais o direito ao rompimento contratual tenha sido exercido de forma desmotivada, imoderada ou anormal, resolvem-se, se for o caso, em perdas e danos. 3. Ademais, a própria Lei n.º 6.729/79, no seu art. 24, permite o rompimento do contrato de concessão automobilística, pois não haveria razão para a lei pré-conceber uma indenização mínima a ser paga pela concedente, se esta não pudesse rescindir imotivadamente o contrato.****4. Recurso especial conhecido e provido*"[1] (GN).

De mais a mais, apresentou cópias dos e-mails trocados entre as partes, contendo cálculo prévio para indenização segundo o artigo 25 da Lei Ferrari acima mencionado, no valor estimado de R$14.941.671,28 (fls. 205/206 dos autos principais).

Informou, também, que a rescisão do contrato foi objeto de reuniões realizadas entre as partes antes da notificação ser encaminhada, fatos que, em sede sumária de cognição, afastam a probabilidade do direito alegado.

Juntou, ainda, a notificação de rescisão do contrato encaminhada à recorrida em 01 de setembro de 2023 (fls. 188/204), tendo a agravada somente ingressado com a ação judicial em 18 de dezembro de 2023, o que infirma o *periculum in mora* aventado.

A propósito do tema: "*AGRAVO DE INSTRUMENTO Ação declaratória de rescisão de contrato firmado entre montadora e distribuidora de veículos. Tutela de urgência. Agravante que pretende a manutenção do contrato de concessão.* ***Impossibilidade de se compelir a concedente a permanecer com a***

1 Brasília. Superior Tribunal de Justiça. REsp 966.163/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26 de 10 de 2010.

Acesso ao Sumário

avença. *Rescisão que respeitou o prazo de 120 dias. Danos que poderão ser reparados caso verificada a culpa da agravada. Requisitos autorizadores da medida pleiteada não vislumbrados em sede de cognição sumária. Recurso desprovido*"[2](GN).

E, ainda, precedente desta C. 28ª Câmara: "*Prestação de serviços - Contrato de concessão comercial de veículos - Lei 6.729/79 - Lei Ferrari - - Medida cautelar - Decisão que prorroga por mais 6 meses a liminar anterior que compelia a ré concedente a manter a vigência e os efeitos do contrato de concessão pelo prazo de 8 meses, sob pena de multa diária fixada em R$ 10.000,00, limitada a R$ 1.000.000,00 - Alegação da concessionária de que o prazo de 8 meses foi insuficiente para a venda do estabelecimento comercial por culpa da concedente que não autorizou o negócio- Ausência de elementos a recomendar a extensão do prazo - Inaplicabilidade do § único do art. 473, sem embargo do disposto no art. 422, ambos do CC. - Possibilidade, em tese, de rescisão do contrato prevista nos arts. 22 a 24 da Lei 6.729/79 - Liminar cassada -* ***Em princípio, não se concede liminar para obrigar alguém a permanecer jungido a um contrato, a não ser em casos excepcionais****, em "contratos de evidente cunho social como, v. g., os relativos à saúde, transporte, ou ainda naqueles em que um dos contratantes exerça o monopólio sobre bens e serviços essenciais" (REsp. 966.163, j. em 4.11.2010),* ***pois a quebra contratual, em princípio, deve ser resolvida em perdas e danos; a não obrigatoriedade de permanecer atado ao contrato encontra fundamento constitucional;*** *por outro lado, o risco que o descumprimento geraria para as partes é aquele que secularmente se reconhece como da própria natureza da atividade empresarial. O risco, se transformado em prejuízo, resolve-se em perdas e danos; ademais, aqui já houve concessão de prazo que, aparentemente, não trouxe o resultado esperado. - Agravo provido*"[3](GN).

Neste contexto, é imperiosa a revogação da medida liminar.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso para revogar a tutela de urgência outrora concedida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2336178-35.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes REBUCCI & REBUCCI LTDA. ME e ANDRÉ GUSTAVO PEREZ REBUCCI, é agravado BANCO LUSO BRASILEIRO S/A.

2 São Paulo. Tribunal de Justiça. AI nº 2001358-97.2022.8.26.0000. 36ª Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Milton Carvalho. Data de julgamento: 18 de fevereiro de 2022.

3 São Paulo. Tribunal de Justiça. AI nº 2173218-50.2014.8.26.0000. 28ª Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Manoel Justino Bezerra Filho. Data de julgamento: 09 de dezembro de 2014.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.351)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEDRO PAULO MAILLET PREUSS (Presidente) e SALLES VIEIRA.

São Paulo, 21 de março de 2024.

JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Embargos à execução - Decisão agravada que indeferiu o pedido de levantamento dos valores constritos - Recurso dos executados - Sentença de procedência dos embargos à execução desafiada por recurso de apelação de ambas as partes - Magistrado de origem que destacou o duplo efeito do recurso de apelação e a consequente impossibilidade de produção imediata dos efeitos da sentença - A apelação não tem efeito suspensivo somente nos casos em que os embargos do executado são extintos sem resolução do mérito ou julgados improcedentes, situação diversa da tratada nos presentes autos - Inteligência do artigo 1.012, §1º, III, do Código de Processo Civil - Precedente - Matéria hasteada pela parte exequente, em razões recursais, que denota extrema relevância, em especial porque versa acerca de possível descumprimento do comando exarado por esta Colenda Câmara no julgamento do agravo de instrumento n. 2162002-48.2021.8.26.0000 - Liberação dos valores constritos que tem patente risco à irreversibilidade - Necessidade de observância do poder geral de cautela do magistrado insculpido no artigo 297, caput, do Código de Processo Civil - Decisão mantida - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **REBUCCI & REBUCCI LTDA ME E ANDRÉ GUSTAVO PEREZ REBUCCI** contra a r. decisão de fls. 2.562 dos autos de origem, meio da qual, em sede de *execução de título extrajudicial*, o douto Juízo *a quo* indeferiu o pedido de levantamento dos valores constritos.

Inconformados, recorrem os executados, sustentando, em síntese, que: (i)

a sentença proferida nos embargos à execução reconheceu a nulidade do título executivo e possui eficácia imediata, razão pela qual não há justificativa para a manutenção da penhora; (ii) apesar da apelação interposta pelo banco exequente, o referido recurso não foi recebido no efeito suspensivo até o momento. Requerem, ao final, o provimento do recurso para determinar o levantamento das penhoras realizadas.

Tutela antecipada recursal indeferida às fls. 144/146.

Contraminuta (fls. 150/152).

É o relatório.

Cuida-se, na origem, de execução de título extrajudicial ajuizada por BANCO LUSO BRASILEIRO S/A ("agravado") contra REBUCCI & REBUCCI LTDA ME E ANDRÉ GUSTAVO PEREZ REBUCCI ("agravantes"), por meio da qual busca o recebimento do valor de R$ 4.860.072,33 decorrente do inadimplemento de cédula de crédito bancário - Capital de giro.

O exequente requereu a pesquisa por meio do sistema SISBAJUD, a qual resultou na constrição do valor de R$ 486.332,27 (fls. 1764/1766 dos autos da execução).

Os executados opuseram embargos à execução, sustentando, em síntese: (i) inidoneidade da assinatura aposta no título; (ii) excesso de execução (proc. n. 1124308-58.2018.8.26.0100).

Esta Colenda Câmara, no julgamento do agravo de instrumento n. 2040397-09.2019.8.26.0000, manteve a decisão do nobre magistrado de origem, que concedeu efeito suspensivo aos embargos (fls. 2120/2126 dos autos dos embargos à execução).

Decorrido o devido trâmite processual, os embargos à execução foram julgados procedentes, nos seguintes termos: "*Ante o exposto, com fundamento no artigo 487, inciso I do CPC, JULGO PROCEDENTES os embargos à execução para reconhecer a inexistência de título executivo(Cédula de Crédito Bancário Capital de Giro nº 2018002945), extinguindo a execução. Em razão da sucumbência da embargada, fica ela condenada ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, fixados em R$ 5.000,00, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC*" (fls. 3040/3045).

Ambas as partes apelaram da r. sentença, estando os recursos pendente de julgamento.

O executado requer a reforma da sentença para: (i) determinar a fixação da verba honorária em percentual sobre o valor do débito; (ii) condenar o exequente por deslealdade processual; (iii) a liberação dos valores bloqueados nos autos da lide executiva (fls. 3101/3120).

Por sua vez, o exequente sustenta, em síntese, que: (i) o laudo pericial não observou o que fora decidido por esta Câmara nos autos do julgamento do agravo de instrumento n. 2162002-48.2021.8.26.0000; (ii) a postura dos executados

Acesso ao Sumário

é contraditória, pois, anteriormente, ajuizaram ação de prestação de contas para discutir os indexadores aplicados ao instrumento; (iii) os executados confessaram ter recebido os valores decorrentes do pacto objeto da lide; (iv) o *modus operandi* dos devedores é autorizar que funcionários assinem os documentos e contratos em substituição ao representante legal da pessoa jurídica. Requerem a nulidade da sentença em razão da inobservância do aresto proferido por esta Colenda Câmara que determinou "*a necessidade de realização de avaliação técnica das CARTASDE TED*" e, no mérito, a improcedência dos embargos à execução (fls. 3133/3185).

Ato contínuo, os executados, nos autos da lide executiva, requereram o levantamento dos valores bloqueados (fls. 2548/2549).

Sobreveio, então, a r. decisão de fls. 2562, *in verbis*:

"*Ainda que os embargos à execução interpostos pelos executados tenham sido julgados procedentes para extinguir a execução por falta de título executivo extrajudicial, a sentença ainda não transitou em julgado, sendo prematuro que se pleiteie nesses autos o levantamento da penhora de valores e outras constrições.*

Reforça, ainda, esse posicionamento, o recebimento no duplo efeito (devolutivo e suspensivo) de eventual recurso de apelação interposto pelo banco exequente, nos termos do artigo 1.012 do CPC, e que impede que a sentença seja cumprida desde já".

Contra esse *decisum* insurgem-se os executados, contudo, sem razão.

Com efeito, o artigo 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil estabelece que a regra geral é de que a apelação tenha efeito suspensivo, de modo que as exceções são os casos elencados no §1º e os demais que contenham previsão expressa em lei. Confira-se:

*"Art. 1.012. **A apelação terá efeito suspensivo**.*

§ 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que:

I - homologa divisão ou demarcação de terras;

II - condena a pagar alimentos;

*III - **extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado;***

IV - julga procedente o pedido de instituição de arbitragem;

V - confirma, concede ou revoga tutela provisória;

VI - decreta a interdição" (g.n).

Como se vê, a apelação somente não terá efeito suspensivo nos casos em que os embargos do executado forem extintos sem resolução do mérito ou julgados improcedentes, situação diversa da tratada nos presentes autos.

No mesmo sentido, eis precedente:

"*Agravo de instrumento - Ação de execução de título extrajudicial - In-*

surgência em face de decisão que indeferiu pedido da agravante consistente em desbloqueio dos valores bloqueados (R$ 413.937,40), bem como, o desbloqueio de todas as contas bancárias e ativos de titularidade da ora recorrente, que eventualmente tenham sido alvo de bloqueios no âmbito da presente execução - Improcedência do inconformismo - ***Embargos à execução julgados procedentes - Interposição de apelação por parte da agravada - Recurso dotado de efeito suspensivo automático, nos termos do art. 1.012, caput, do CPC*** *- Manutenção das penhoras necessárias até solução definitiva da questão - Medida de cautela que se revela necessária - Recomendação para que o magistrado analise pleito de substituição das penhoras por caução, matéria que não constou da decisão agravada - Hipótese de manutenção da decisão hostilizada - Recurso desprovido, com recomendação*" (TJSP; Agravo de Instrumento 2052700-21.2020.8.26.0000; Relator (a): Jacob Valente; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 38ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/06/2020; Data de Registro: 14/06/2020) - sem destaque no original.

Porém, não se pode olvidar a relevância das matérias hasteadas em razões recursais, em especial a que diz respeito ao possível descumprimento do comando exarado por esta Colenda Câmara somado ao fato de que a liberação do valor constrito tem patente risco à irreversibilidade, de sorte que, se autorizada, poderia configurar violação ao princípios da efetividade jurisdicional e da economia processual.

Tais situações, por si sós, permitem que o nobre magistrado de origem, com fulcro no poder geral de cautela insculpido no artigo 297, *caput*, do Código de Processo Civil, determine que se aguarde o trânsito em julgado do recurso de apelação interposto.

Por derradeiro, chama a atenção a insurgência dos executados, posto que, em suas razões recursais, pleitearam o recebimento do recurso "em seus regulares efeitos suspensivo e devolutivo" (fls. 3119). Ora, essa postura permite a conclusão de que os devedores têm plena ciência acerca do efeito suspensivo automático da apelação interposta contra a decisão favorável dos embargos à execução.

À vista dessas considerações, mantém-se incólume o r. *decisum* increpado.

Considera-se prequestionada a matéria devolvida, com a ressalva de que o juiz não está obrigado a mencionar expressamente todos os pontos suscitados pelas partes, tampouco a citar as normas aventadas, bastando que o recurso tenha sido fundamentadamente apreciado.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2071161-02.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes DARCI DE LOURDES MELLONI SOUZA e VALÉRIA ALVES DE SOUZA, é agravado O JUIZO.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.063)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALCIDES LEOPOLDO (Presidente sem voto), CARLOS CASTILHO AGUIAR FRANÇA e MAURÍCIO CAMPOS DA SILVA VELHO.

São Paulo, 4 de abril de 2024.

MARCIA DALLA DÉA BARONE, Relatora

Ementa: Agravo de instrumento - Ação de usucapião - Decisão que indeferiu o pedido de parcelamento das custas processuais - Insurgência da parte autora - Ausência de demonstração de situação de hipossuficiência financeira apta a justificar a concessão da gratuidade de justiça - Parcelamento das custas iniciais - Possibilidade - Inteligência do artigo 98, § 6º, do CPC - Deferimento do parcelamento em 10 vezes - Decisão reformada - Recurso parcialmente provido. Dá-se provimento parcial ao recurso.

VOTO

Vistos,

Cuida-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a decisão de fls. 150/151 dos autos principais que em sede de ação de usucapião indeferiu o pedido de parcelamento das custas processuais.

Argumenta a agravante, em síntese, que o processo está, desde o início, impedido de prosseguir ante a hipossuficiência das agravantes. Aduz que a agravante Darci recebe proventos de aposentadoria no valor de R$ 2.256,81, não possuindo condições de arcar com as custas judiciais. Relata que Darci é idosa, sofreu acidente recentemente e precisa de auxílio de cuidadora, bem como que sua filha, também agravante, precisa trabalhar para complementar a renda da família. Sustenta que restou demonstrada a incapacidade financeira desde o início do processo, não possuindo as agravantes condições de arcar com o básico, e muito menos com as custas iniciais, sobretudo à vista. Alega que a

Acesso ao Sumário

decisão agravada impede o acesso à justiça, eis que as recorrentes não poderão prosseguir com a ação de usucapião sem comprometer o sustento de sua família. Argui que o valor das custas iniciais prejudica ainda mais a saúde financeira das agravantes. Requer seja deferido o parcelamento das custas processuais iniciais, em 24 vezes.

O despacho inicial deferiu o efeito suspensivo ao recurso (fls. 45).

Dispensada a contraminuta.

Petição da parte agravante informando o óbito da requerente Darci de Lourdes Melloni Souza (fls. 51), bem como requerendo seja desconsiderado o pedido de parcelamento e considerado o pedido de concessão da justiça gratuita (fls. 49/50).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Em que pese o disposto no § 3º, do artigo 99 do Código de Processo Civil, presumir como verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoal natural, deve-se destacar que o § 2º da norma em comento, estabelece que o pedido poderá ser indeferido ante a presença de elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais a concessão da benesse.

Na hipótese dos autos, apesar de alegar não possuir condições de arcar com as custas processuais, a parte agravante deixou de comprovar a situação de hipossuficiência financeira narrada.

Nesse sentido, mesmo se desconsiderados os proventos de aposentadoria que eram percebidos antes do óbito pela requerente Darci, no valor de de R$ 2.256,81 (fls. 126 e 127 dos autos principais), de todo modo os extratos bancários da recorrente Valéria, colacionados às fls. 29/32 da origem, revelam recebimento de valores superiores a R$ 6.000,00, entre 15/03/2023 e 14/04/2023, indicando, pois, que esta aufere renda mensal média superior ao patamar de três salários mínimos, adotado como referência pela Defensoria Pública.

Assim, ainda que se considere não ser exigível que o beneficiário da justiça gratuita esteja em estado de necessidade ou miserabilidade, analisando o caso concreto, não restou demonstrada situação de hipossuficiência ou incapacidade financeira da parte agravante que justificasse a concessão da benesse.

Por outro lado, quanto ao parcelamento das despesas processuais, importante ressaltar que o artigo 98, § 6º, do Código de Processo Civil, trouxe inovação ao regime da gratuidade judiciária, a fim de adequar o instituto às necessidades das partes, as quais podem não ter condições de arcar com o pagamento das despesas processuais num único momento.

Nesse sentido, embora a parte não tenha comprovado a hipossuficiência econômica, o Juízo poderá conceder o parcelamento com o intuito de que a parte não seja obrigada a recolher de uma vez só e na íntegra as despesas processuais.

Logo, ainda que a redação do referido dispositivo faça referência às des-

Acesso ao Sumário

pesas processuais a serem adiantadas no curso do procedimento, e não propriamente às custas iniciais, de rigor a aplicação do princípio constitucional que estabelece a facilitação do acesso de todos à Justiça (artigo 5º, XXXV, da CF), revelando-se necessário o deferimento do parcelamento.

Destaque-se, por oportuno, precedentes deste E. Tribunal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de obrigação de fazer - Indeferido o pedido de recolhimento de custas ao final - Inconformismo - Improcedência - Existência de elementos nos autos que afastam a impossibilidade momentânea da agravante - Possibilidade, contudo, de concessão do parcelamento das custas iniciais, considerando o valor da causa e a condição financeira da parte, revelada nos autos - Inteligência do artigo 98, § 6º, do Código de Processo Civil - Decisão parcialmente reformada para deferir o parcelamento das custas em quatro parcelas - Recurso parcialmente provido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2323995-32.2023.8.26.0000; Relator (a): Daniela Menegatti Milano; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/03/2024; Data de Registro: 21/03/2024)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Embargos de Terceiro. Insurgência em face da decisão que indeferiu o benefício da justiça gratuita pleiteado pelos autores e também o recolhimento parcelado das custas em 12 prestações. Recurso parcialmente recebido pelo Relator, apenas quanto ao parcelamento das custas. Justiça gratuita. Matéria atingida pela preclusão temporal. Parcelamento das custas. Valor atribuído à inicial em R$ 435.336,00. Quantia de certo vulto, que torna relevante o valor da taxa judiciária. Patamar das custas se exigido integralmente em parcela única pode prejudicar a subsistência dos recorrentes. Adequado autorizar o parcelamento das custas iniciais em 6 (seis) prestações mensais de igual valor. Recurso recebido em parte e, nessa parcialmente provido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2017777-27.2024.8.26.0000; Relator (a): James Siano; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/03/2024; Data de Registro: 13/03/2024)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Assistência judiciária - Declaração de miserabilidade - Presunção relativa parcialmente afastada - Parcelamento das custas iniciais - Recurso parcialmente provido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2324899-52.2023.8.26.0000; Relator (a): Luís Francisco Aguilar Cortez; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarujá - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 13/03/2024; Data de Registro: 13/03/2024)

Destarte, tendo em vista o elevado valor atribuído à causa (R$ 929.720,00 - fls. 25 dos autos principais), bem como os rendimentos mensais da parte agravante, acolhe-se o pedido subsidiário formulado pela agravante, deferindo o parcelamento das custas iniciais em 10 (dez) parcelas mensais.

Acesso ao Sumário

Portanto, a r. decisão agravada deve ser reformada, a fim de autorizar o parcelamento das custas iniciais, em 10 (dez) parcelas, com fundamento no artigo 98, § 6º, do Código de Processo Civil.

Em face do exposto, pelo voto, Dá-se provimento parcial ao recurso, nos termos acima indicados.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1023354-96.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado JOSÉ APARECIDO DE ARAÚJO, é apelado/apelante GOLDFARB INCORPORAÇÕES E CONSTRUÇÕES S/A, Apelados RICARDO GILLIUS FERREIRA e ANGELA PECINI SILVEIRA.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso do autor e negaram provimento ao recurso da corré. V.U. Sustentou oralmente o advogado Davison Gilberto Freire OAB/SP 324.390, pelo José Aparecido de Araújo.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.684)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RAMON MATEO JÚNIOR (Presidente sem voto), JAIRO BRAZIL e VICENTINI BARROSO.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2024.

ELÓI ESTEVÃO TROLY, Relator

Ementa: Apelação Cível. Ação declaratória de nulidade de leilão extrajudicial. Promessa de compra e venda de fração ideal de terreno vinculada à futura unidade autônoma, em incorporação imobiliária ("apartamento na planta"). Inadimplemento do promitente comprador. Inaplicabilidade da Lei nº 13.786/2018 (Lei do Distrato) a contrato celebrado antes de sua vigência (C.STJ, REsp 1.635.428/SC). Financiamento obstado por falta de documentação exigida pela instituição financeira e que deveria ter sido fornecida pela incorporadora. Inocorrência. Documentação exigida em prévia ação de obrigação de fazer, entregue pela

Acesso ao Sumário

incorporadora em sede de cumprimento de sentença, havendo inovação do adquirente quanto aos documentos necessários. Notificação do adquirente para purgar a mora, seguida de resolução unilateral do contrato, fundada em cláusula contratual embasada no Decreto-Lei nº 745/1969, com subsequente leilão extrajudicial do bem, nos termos do art. 63 da Lei nº 4.591/1964. Descabimento. Compromisso de compra e venda que se submete, atualmente, a quádruplo regime jurídico, de acordo com a natureza do imóvel (imóveis urbanos loteados, imóveis rurais loteados, imóveis não loteados e imóveis em incorporações imobiliárias). Aplicação do Decreto-Lei nº 745/1969 restrita aos imóveis não loteados. Contrato firmado em incorporação imobiliária com regime de construção por conta e risco do incorporador ou "a preço global" (Lei nº 4.591/1964, arts. 41 e 43). Alienação extrajudicial, da unidade de adquirente inadimplente, que se restringe à incorporação com regime de construção por administração ou "a preço de custo" (Lei nº 4.591/1964, art. 63). Precedentes. Imprescindibilidade, na hipótese, de ação judicial para resolução do contrato. Sentença de improcedência reformada, para se declarar a nulidade da rescisão contratual, do leilão extrajudicial, da adjudicação à promitente vendedora, da posterior alienação e arrematação por terceiros, e do subsequente registro na matrícula do imóvel, mantida a declaração de ilegitimidade passiva da leiloeira, deferindo-se ao autor a justiça gratuita em razão de sua hipossuficiência econômica. Recurso do autor parcialmente provido, desprovido o da incorporadora que pretendia a majoração de honorários advocatícios sucumbenciais.

VOTO

Trata-se de apelações interpostas contra a r. sentença, mantida após rejeição de embargos declaratórios, que (i) julgou o processo extinto sem resolução do mérito, por ilegitimidade passiva, em relação à corré ANGELA PECINI SILVEIRA (leiloeira), condenando o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.000,00 (mil reais), e (ii) improcedente a ação em relação aos corréus GOLDFARB INCORPORAÇÕES E

Acesso ao Sumário

CONSTRUÇÕES S.A. (vendedora) e RICARDO GILIUS FERREIRA (arrematante), condenado o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de R$ 1.000,00 (mil reais) ao patrono de cada corréu (fls. 747/749 e 758).

A corré GOLDFARB INCORPORAÇÕES E CONSTRUÇÕES S.A., ora apelante, aduz a inadmissibilidade do arbitramento dos honorários advocatícios sucumbenciais por equidade na hipótese, motivo por que pugna pela fixação da verba entre 10% e 20% do valor atualizado da causa (fls. 761/773).

O autor JOSÉ APARECIDO DE ARAÚJO também apela, a sustentar, em síntese, que: (a) não tem condições econômicas de suportar os custos do processo; (b) habita o imóvel em questão por quase 10 (dez) anos, sem qualquer oposição, tendo ajuizado ação de usucapião nº 1000765-60.2019.8.26.0010, o que impõe a suspensão da presente ação, diante da prejudicialidade externa; (c) na petição inicial, a leiloeira e o arrematante foram inseridos com terceiros interessados, e não como réus, não havendo se falar em ilegitimidade passiva da leiloeira e sua condenação ao pagamento de honorários; (d) não pagou o preço decorrente da promessa de compra e venda por culpa da vendedora Goldfarb, que não forneceu os documentos necessários para que ele, autor, obtivesse o financiamento imobiliário, de modo que a notificação não era hábil para configurar o inadimplemento; (e) o leilão extrajudicial do bem não tinha amparo contratual ou legal, não restando outra alternativa à alienante senão a rescisão judicial do contrato. Pugna pela concessão da justiça gratuita, atribuição de efeito suspensivo ao recurso, anulação da sentença diante da dependência do julgamento face ao desfecho da ação de usucapião ou, subsidiariamente, reconhecimento da nulidade do leilão extrajudicial (fls. 846/862).

Vieram aos autos contrarrazões do corréu Ricardo Gilius Ferreira (fls. 997/1.006) e da corré Goldfarb (fls. 1.007/1.021), deixando o autor de apresentar as suas, embora fosse devidamente intimado (fl. 845).

Recursos tempestivos, regularmente processados.

Neste Tribunal, o autor pleiteou a suspensão do presente feito, até o trânsito em julgado da sentença de procedência proferida na ação de usucapião (fl. 1.028).

Proferi despacho, para que a ré Goldfarb complementasse o preparo, o autor comprovasse sua hipossuficiência econômica, indeferindo a tutela de urgência (fls. 1.033/1.034).

O autor peticionou e juntou documentação (fls. 1.037/1.097).

A ré Goldfarb opôs embargos de declaração contra o despacho (fls. 1.104/1.105), parcialmente acolhidos, com efeitos infringentes, para manter a decisão de complementação do preparo, porém, tendo por base de cálculo o proveito econômico pretendido (fls. 1.147/1.149). Seguiu-se agravo interno interposto pela embargante (fls. 1.151/1.160), desprovido (fls. 1.169/1.173). A corré

Acesso ao Sumário

complementou o preparo (fls. 1.176/1.179)

Sobrevieram petições do autor, noticiando o trânsito em julgado da ação de usucapião e abertura de matrícula do imóvel em seu nome (fls. 1.187/1200), reiterando os termos da apelação (fls. 1.202/1.205), e se opondo ao julgamento virtual (fl. 1.207).

Em novo despacho, a fim de se evitar nulidade, determinei que a ré Goldfarb informasse se ainda estava submetida à recuperação judicial (fl. 1.208).

A ré peticionou, noticiando que a recuperação estava encerrada e que o plano de recuperação vinha sendo cumprido e o será no decorrer de 25 anos, alegando, ainda, que o imóvel em questão foi desocupado por força de decisão proferida em ação de imissão na posse ajuizada pelos arrematantes, e que deve prevalecer, porque, embora seu trânsito em julgado seja anterior ao da ação de usucapião, já está sendo executada (fls. 1.211/1.239).

Os autos foram enviados à douta Procuradoria Geral de Justiça, que declinou da manifestação, tendo em vista que a própria ré noticiou o encerramento da recuperação judicial, que a insurgência recursal é alheia à intervenção ministerial na recuperação judicial ou na falência, não se vislumbrando, tampouco, relevante repercussão social ou econômica (fls. 1.251/1.252).

É o relatório.

1. Considerando que o autor, pessoa idosa (fl. 25), é autônomo sem rendimentos fixos (fls. 1.037), apresentou declarações de imposto de renda que indicam o declínio de seu patrimônio nos últimos anos (fls. 1.045/1.072), bem como extrato bancário com saldo negativo (fls. 1.040/1.044), e que não se exige a miserabilidade para a concessão da justiça gratuita, mas a impossibilidade de pagar as custas sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, defiro o benefício da gratuidade ao apelante.

2. Ainda em âmbito preliminar, resta prejudicado o pedido de atribuição de efeito suspensivo, seja porque já analisado (fls. 1.033/1.034), seja porque a ação de usucapião conta com sentença transitada em julgado (fls. 1.191/1.197).

3. Tampouco há se falar em descabimento da citação da leiloeira Angela Pecini Silveira, pois, embora nominada como terceira interessada, foi, pela leitura da petição inicial, inserida no polo passivo da lide (fl. 2), tanto que o próprio autor peticionou requerendo sua citação (fls. 367/368).

No mérito, o recurso do autor deve ser parcialmente provido, desprovendo-se, consequentemente, o recurso da ré.

4. Observe-se, inicialmente, que a Lei nº 13.786/2018 (Lei do Distrato) não incide nos contratos celebrados em momento anterior à sua vigência, caso dos autos, de acordo com o julgamento proferido pelo C. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.635.428/SC, submetido ao regime dos recursos repetitivos.

5. Extrai-se dos autos que JOSÉ APARECIDO DE ARAÚJO celebrou

Acesso ao Sumário

promessa de compra e venda de fração ideal de terreno vinculada à futura unidade autônoma, em incorporação imobiliária ("apartamento na planta"), com GOLDFARB INCORPORAÇÕES E CONSTRUÇÕES, em 07.10.2007, para a aquisição do apartamento n.º 95, Bloco 01 do Condomínio Villagio Allegro, então matriculado sob n.º 192.938 do 18º CRI de São Paulo/SP, pelo valor de R$ 94.280,00, de forma parcelada (fls. 525/548).

Segundo o autor, após expedição do habite-se e entrega das chaves, haveria de pagar a parcela final, porém, dependeria do fornecimento de documentação em poder da alienante para obtenção do financiamento imobiliário.

5.1. Em 23.05.2014 ajuizou ação de obrigação de fazer (processo nº 1005439-54.2014.8.26.0011) para compelir a incorporadora a fornecer os documentos solicitados, julgada procedente, com sentença confirmada por este Tribunal de Justiça (fls. 96/98 de referido processo), objeto de incidente de cumprimento (processo nº 0006970-56.2018.8.26.0011), no qual a executada apresentou a documentação pertinente, razão pela qual o Juízo declarou extinta a obrigação em 26.11.2018, observando que a ré não estava "*obrigada a apresentar os documentos mencionados no item "i", de fls. 2, uma vez que não constaram do pedido inicial (item "b", de fls. 6). Ademais, referidos documentos pertencem a terceiros, devendo a interessada mover ação própria, se o caso.*" (fls. 88/90 do incidente).

5.2. Em 18.02.2019 o autor ajuizou ação de usucapião (processo nº 1000765-60.2019.8.26.0010), em face dos proprietários registrais do imóvel e da incorporadora Goldfarb, no bojo do qual o Ricardo Gilius Ferreira e sua mulher apresentaram contestação como terceiros interessados (fls. 533/549 de referido processo), sendo proferida sentença de procedência (fls. 626/629 de referido processo), confirmada por este Tribunal de Justiça (fls. 10.430/10.431 de referido processo) e transitada em julgado em 11.05.2023 (fl. 10.439 de referido processo).

5.3. Fundada na cláusula 14ª § 2º do contrato, segundo a qual "*Constatada a impontualidade do Comprador, no pagamento de qualquer das parcelas deste contrato, promoverá a Vendedora a sua prévia interpelação, na forma prevista no Decreto Lei nº 745, de 07 de agosto de 1.969, para que o Comprador venha purgar a mora no prazo de quinze dias...ficando claro que o não atendimento do Comprador à medida premonitória caracterizará o inadimplemento absoluto quanto as obrigações contratuais, determinando de pleno direito e a juízo exclusivo da Vendedora, a rescisão imediata do presente instrumento*" (fl. 542), a incorporada notificou extrajudicialmente o adquirente a purgar a mora, em 19.03.2020 (fls. 549/562), comunicando a intenção de rescindir o contrato e que "*A rescisão do instrumento firmado entre as partes se dará única e exclusivamente pelo rito estabelecido pelo art. 63, §§ 1º a 8º, da Lei Federal nº 4.591/6 - Das Incorporações Imobiliárias, mediante a realização de Público*

Acesso ao Sumário

Leilão Extrajudicial" (fl. 549); em 20.05.2020 foi realizado leilão extrajudicial, sem licitantes, tendo a corré Goldfarb adjudicado o bem (fl. 566) e, posteriormente, promovido "leilão de estoque" (fls. 614/616), quando então o imóvel foi arrematado por Ricardo Gilius Ferreira, em 22.07.2020 (fls. 567/568).

5.4. Veio então o promissário comprador a ajuizar a presente ação anulatória do leilão extrajudicial em 09.03.2021, a alegar que não obtivera o financiamento necessário para adimplemento do saldo devedor por inércia da ré, e que não existia base legal ou contratual para a realização do leilão extrajudicial.

5.4.1. Quanto ao primeiro ponto, basta consultar a ação de obrigação de fazer nº 1005439-54.2014.8.26.0011, e o incidente de cumprimento nº 0006970-56.2018.8.26.0011, para se constatar que a documentação solicitada judicialmente foi devidamente fornecida, havendo inovação do autor quanto aos documentos necessários, o que afasta, portanto, a responsabilidade da incorporadora pelo fato de não ter obtido o financiamento.

5.4.2. Quanto à segunda alegação, inteira razão lhe assiste.

Atualmente, o compromisso de compra e venda se submete a quádruplo regime jurídico, de acordo com a natureza do imóvel, conforme recente entendimento adotado pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.789.863-MS, pela 4ª Turma, Rel. Ministro MARCO BUZZI, j. 10.08.2021, assim, o regime aplicável aos imóveis urbanos loteados (Lei 6.766/79), aos imóveis rurais loteados (Decreto-Lei 58/37), aos imóveis não loteados (disciplinado por partes de diversas normas, Decreto-Lei 58/37, Lei 649/49, Lei 4.380/64 e Decreto 745/69), e aos imóveis em incorporações imobiliárias (Lei 4.591/64 e Lei 4.864/65).

Restringindo-se a aplicação do Decreto-Lei nº 745/1969 aos imóveis não loteados, não poderia o diploma servir de embasamento para a cláusula 14ª § 2º do contrato celebrado entre as partes (fl. 542), e autorizar a resolução extrajudicial do contrato pela vendedora em caso de inadimplência do comprador.

E mesmo quando se tem em mira a Lei nº 4.591/64, aplicável às incorporações imobiliárias, ainda assim a resolução da avença dependeria de pronunciamento judicial, tendo em vista o regime de construção adotado pela incorporadora.

Na construção por conta e risco do incorporador (Lei 4.591/64, arts. 41 e 43), há contrato único, pois o incorporador vende as unidades autônomas por preço global ao adquirente, assumindo os riscos pela construção.

Já na construção por empreitada (Lei 4.591/64, art. 55), formalizam-se dois contratos, um para a alienação da fração ideal vinculada à edificação, celebrado entre o incorporador e o adquirente, e outro, em separado, para construção do empreendimento, celebrado entre o adquirente e a construtora, que assume os riscos da construção.

E, finalmente, na construção por administração ou a preço de custo (Lei

Acesso ao Sumário

4.591/64, art. 58), formalizam-se, igualmente, dois contratos, um de alienação e outro de construção, porém, nesta hipótese, os riscos da construção são assumidos pelos adquirentes.

Tendo em vista esta peculiaridade, o art. 63 da Lei nº 4.591/64 facultou, à Comissão de Representantes, a notificação do adquirente inadimplente para purgar a mora, sob pena de rescisão do contrato e leilão extrajudicial da quota do terreno e correspondente parte construída, para que o valor assim obtido fizesse "caixa" e fosse empregado na construção.

Ou seja, a rescisão extrajudicial do negócio, que excepciona a regra do prévio pronunciamento judicial para resolução de compromissos de compra e venda de imóvel celebrados em contexto de empreendimentos habitacionais, encontra justificativa no fato de a obra ser custeada diretamente pelos adquirentes, pois, com a medida, busca-se evitar que a inadimplência do faltoso dificulte o término da obra, em prejuízo de todos os condôminos.

Na hipótese, o adquirente celebrou contrato único (fls. 525/548), obrigando-se a incorporadora a construir o empreendimento por sua conta e risco (cláusula 3ª parágrafo único - 532), a preço global (cláusula 4ª, § 1º - fls. 532), sendo descabido, portanto, o leilão extrajudicial do bem, mormente se se considerar que, por ocasião da notificação do devedor para purgar a mora, em 19.03.2020 (fls. 549/562), o empreendimento já havia sido entregue, em outubro de 2011 conforme alega o autor (fl. 5), o que não foi impugnado em contestação (fls. 412/427).

Diante do litígio instaurado, era imprescindível o pronunciamento judicial para resolver o negócio, e nesse sentido já se pronunciou este Tribunal de Justiça:

> Apelação Cível. Compromisso de compra e venda - Ação declaratória de nulidade de leilão extrajudicial precedida de ação de imissão de posse - Julgamento conjunto - Sentença que julgou procedente a ação declaratória e improcedente a ação de imissão de posse - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Preliminar de nulidade afastada - Contrato com cláusula resolutória expressa - Compromissária compradora inadimplente - Rescisão unilateral do contrato pela compromissária vendedora e posterior adjudicação do imóvel por terceiros em leilão público - Inadmissibilidade - Necessidade de prévia declaração judicial de rescisão da avença - Compra e venda de imóvel a preço fechado - Inaplicabilidade do procedimento previsto no artigo 63 da Lei nº 4.591/64, combinado com o artigo 1º, inciso VII, da Lei nº 4.864/65 - Precedente da Câmara - Declaração de nulidade do leilão extrajudicial e da adjudicação do imóvel - Manutenção da R. Sentença. Nega-se provimento ao recurso. **(Apelação Cível nº 1066446-71.2014.8.26.0100, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desa. Christine Santini, j. 05.05.2015).**

Acesso ao Sumário

É dizer: a resolução e execução extrajudiciais de compromissos de compra e venda de imóveis, entabulados no contexto de empreendimentos com oferta pública de unidades autônomas, dependem de expressa previsão legal, em hipóteses bem delimitadas, especialmente quando as unidades negociadas se destinam a fins residenciais.

E uma vez que o contrato celebrado entre as partes é nulo no que tange à resolução decorrente do inadimplemento, porque fundado em dispositivos legais inaplicáveis ao empreendimento em questão, nulo é todo procedimento extrajudicial que se seguiu, até em razão da sentença da usucapião reconhecida ao autor.

Sobre o ponto, verifica-se que:

(a) O autor ajuizou ação de usucapião em 18.02.2019 (processo nº 1000765-60.2019.8.26.0010), de modo que a litigiosidade sobre o bem tornou-se pública em data anterior à sua arrematação extrajudicial, ocorrida em 22.07.2020 (auto de arrematação às fls. 567/568);

(b) A ação de usucapião contou com as contestações da incorporadora Goldfarb e dos arrematantes Ricardo Gilius Ferreira e sua mulher na condição de terceiros interessados (respectivamente às fls. 323/340 e 538/549 do processo nº 1000765-60.2019.8.26.0010), observando-se, no próprio auto de arrematação, que "*O arrematante, ao ofertar seu lance, declarou ter ciência de (...) iv) o imóvel encontra-se ocupado e que a desocupação física ficará exclusivamente sob sua responsabilidade, bem como as custas e despesas para o ato; v) que tem ciência da situação do imóvel, de eventuais ações judiciais em andamento, informadas ou não, e de todas as regras do leilão*" [g.n.] (auto de arrematação às fls. 567/568);

(c) A sentença declarou que a propriedade do imóvel, em razão da usucapião, foi adquirida pelo autor no ano de 2017 (fls. 1.191/1.194 destes autos), de modo que, também sob tal perspectiva, a notificação da incorporada, para purgação da mora sob pena de alienação extrajudicial do bem, entregue em 19.03.2020 (fls. 549/550 e 555 destes autos), também era nula e desprovida de todo efeito, por absoluta inidoneidade do objeto, uma vez que, reitere-se, à época da notificação o autor já tinha a propriedade do apartamento.

Seja em razão da nulidade *per se* do procedimento extrajudicial de resolução contratual, seja em razão da nulidade advinda da absoluta inidoneidade de seu objeto em função do domínio adquirido pelo autor, de rigor a declaração de nulidade da rescisão contratual e leilão extrajudicial do imóvel e, consequentemente, de todos os atos decorrentes, quais sejam, da adjudicação à promitente vendedora, da posterior alienação e arrematação por terceiros, e do subsequente registro na matrícula junto ao cartório de imóveis.

6. Portanto, o recurso é parcialmente provido, para deferir o benefício da justiça gratuita ao autor e declarar a nulidade da rescisão contratual e do lei-

Acesso ao Sumário

lão extrajudicial e, consequentemente, de todos os atos decorrentes, assim, da adjudicação à promitente vendedora, da posterior alienação e arrematação por terceiros, e do subsequente registro na matrícula do imóvel, **desprovendo-se o recurso da corré.**

Servirá o presente Acórdão de mandado para que o Sr. 18º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo/SP cancele o R.06 de 07.04.2021, da matrícula 192.938, no qual lançado o registro de venda e compra do imóvel a Ricardo Gilius Ferreira e Neide de Almeida Gilius Ferreira (cfr. certidão do Oficial de Registro a fls. 406/411).

Invertem-se os ônus sucumbenciais quanto aos corréus GOLDFARB INCORPORAÇÕES E CONSTRUÇÕES S.A. (vendedora) e RICARDO GILIUS FERREIRA (arrematante), que ficam condenados ao pagamento, em solidariedade, das custas, despesas processuais, e honorários advocatícios ao patrono do autor, fixados em 10% do valor atualizado da causa, já considerada esta fase recursal.

Diante do desprovimento do recurso do autor em relação à corré ANGELA PECINI SILVEIRA, são fixados os honorários advocatícios devidos aos patronos da corré em 10% do valor atualizado da causa, já considerada esta fase recursal, observada a justiça gratuita deferida ao autor.

Por fim, destaca-se que a eventual oposição de embargos de declaração protelatórios pode motivar condenação do embargante ao pagamento de multa sobre o valor atualizado da causa, do que ele não se isenta mesmo se for beneficiário da gratuidade da justiça, nos termos do artigo 1.026, § 2º do Código de Processo Civil.

E, para interposição de recursos aos Tribunais Superiores, o que se prequestiona é a matéria e não o preceito legal ou constitucional, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "*A nulidade do julgamento por omissão tem por pressuposto a necessidade de a Câmara pronunciar-se sobre o ponto. Se a fundamentação da conclusão a que chegou independe do enfrentamento dos dispositivos legais citados pela parte, inexiste omissão sanável através de embargos de declaração*" (REsp nº 88.365/SP, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de A14684 - R - REV - KL - J - Presencial [1023354-96.2021.8.26.0100] - MINUTA, com observações em azul, salva para ciência pessoal na sessão presencial guiar, j. em 14.5.1996).

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso do autor; e nega-se provimento ao recurso da corré.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004818-

72.2022.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante/apelado COMERCIAL FEGARO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO EIRELI, é apelado/apelante CMA CGM DO BRASIL AGÊNCIA MARÍTIMA LTDA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da autora e deram provimento em parte ao recurso da ré. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE A DRA. PATRICIA HELENA RODRIGUES CORREA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº: 55405 P)**

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

São Paulo, 21 de fevereiro de 2024.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator

EMENTA: OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - Devolução de contêiner - Procedência - RECONVENÇÃO -COBRANÇA - Sobrestadia de contêineres - Parcial procedência - Inconformismo - Preliminar de inépcia da reconvenção rejeitada - Documentos anexados que comprovam a relação comercial entre as partes e o atraso na devolução dos contêineres - Cláusula que condiciona a devolução do contêiner que se mostra abusiva por criar obstáculo à interrupção do prazo de sobrestadia - Incontroversa devolução do contêiner com atraso, gerando o dever de indenizar - "Demurrage" que não tem natureza jurídica de cláusula penal, mas indenizatória, pelo descumprimento contratual - Dano material não comprovado pois pagamento foi realizado antes da solicitação de devolução do contêiner - Sentença retocada nesse aspecto - Recurso da autora não provido e recurso da ré parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de ação de cobrança, julgada pela r. sentença de fls. 336/344 cujo dispositivo ora se transcreve: "*Ante o exposto, julgo procedente o pedido para, confirmando a tutela de urgência deferida em sede de agravo de instrumento (fls. 225/235), obrigar a requerida a permitir o agendamento e devolução do contêiner indicado na inicial, preceito que já restou cumprido pela autora aos 15/06/2022 (fls. 180/181), além de condenar a ré a pagar à autora, a título de danos materiais, a importância de R$ 2.245,22, conforme comprovação acosta-*

Acesso ao Sumário

da a fls. 28/29 e 34/35, a ser corrigida pela tabela do TJSP, a contar do desembolso, e acrescida de juros de mora de 12% ao ano, contados da citação. Condeno a parte vencida, por conseguinte, ao ressarcimento à autora das custas e despesas processuais que desembolsou, e ao pagamento, ao erário, das custas remanescentes, bem como ao pagamento, ao advogado da autora, de seus honorários, fixados, equidosamente, em um salário mínimo vigente na data do hoje; a partir de hoje esse montante será corrigido pela tabela do TJSP e, contando-se do trânsito em julgado, será acrescido de juros de mora de 12% ao ano. Por sua vez, julgo procedente em parte a reconvenção para condenar as reconvindas, solidariamente, ao pagamento das despesas de sobre-estadia relativas ao contêiner supramencionado, até a data da solicitação de devolução, nos termos da fundamentação acima, cujo montante total deverá ser calculado em fase de liquidação de sentença, considerando o valor da diária de demurrage pactuado pelas partes, a ser convertido em moeda nacional na data do efetivo pagamento, com incidência de juros moratórios de 1% ao mês, a partir da distribuição da reconvenção. Condeno as reconvindas, por conseguinte, também sob o regime de solidariedade, ao ressarcimento à ré/reconvinte, de cinquenta por cento das custas e despesas processuais que desembolsou, e ao pagamento, ao erário, de cinquenta por cento das custas remanescentes, bem como ao pagamento, ao advogado da ré/reconvinte, de seus honorários, fixados em 15% sobre o valor total da condenação. Condeno a ré/reconvinte, por sua vez, ao ressarcimento à autora/reconvinda, de cinquenta por cento das custas e despesas processuais que desembolsou, e ao pagamento, ao erário, de cinquenta por cento das custas remanescentes, bem como ao pagamento, ao advogado da autora/reconvinda, de seus honorários, fixados em quinze por cento sobre o valor correspondente à sua parcela de derrota (valores pretendidos a título de demurrage posteriores à data de 24/02/2022), que serão corrigidos pela tabela do TJSP, a contar do ajuizamento, e acrescidos de juros de mora de 12% ao ano, contados do trânsito em julgado. O escrivão adotará as providências para que não fiquem sem pagamento custas que deverão ser pagas ao erário. Se for o caso, formulará consulta para solução pelo juiz. Deverá, nessa toada, observar as respectivas normas de serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo."

Não se conformando com os termos da r. sentença, a requerente apela às fls. 351/363. Aponta ausência de conexão entre a demanda e a reconvenção oposta, que reputa inepta. Destaca a ausência de termo assinado que discrimine as cláusulas e valores incidentes sobre o negócio jurídico, que defende ser inexistente. Avoca a proteção da legislação consumerista e requer provimento ao recurso, a fim de que seja julgada inepta a reconvenção.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

A requerida, por sua vez, apela às fls. 369/395. Ressalta que a autora descumpriu o contrato, ao exceder o prazo de franquia para uso do contêiner sem

Acesso ao Sumário

custo adicional. Frisa que a sobrestadia é confessa. Nega qualquer ilegalidade no seu procedimento ou recusa no recebimento do contêiner. Refuta a ocorrência de danos materiais ante a ausência de sua comprovação, tendo em vista que as despesas apontadas junto ao Terminal Portuário decorrem de operação normal de importação e não de sua conduta. Salienta que o pagamento da sobreestadia é atrelado à devolução dos contêineres e que o free time teve fim no dia 14.02.2022, incidindo *demurrage* até a devolução efetiva do contêiner em 15.06.2022. Requer provimento ao recurso, a fim de que seja julga improcedente a demanda e procedente sua reconvenção na integralidade.

É o relatório.

A Comercial LP move ação de obrigação de fazer c/c indenizatória por danos materiais. Relata que desde 24.02.2021 tenta devolver à ré o contêiner vazio APZU 398026-9, que se encontra limpo e pronto para reutilização, mas cuja devolução é negada pela CMA CGM por estar "expirada". Imputa à conduta da requerida prejuízos, em virtude do pagamento de estadia do contêiner em terminal privado e aponta que o dever de entrega do contêiner não se relaciona com o pagamento de *demurrage*, ante à natureza jurídica distinta. Requereu a condenação da requerida em receber o contêiner, bem como arcar com as despesa com pátio particular, bem como a não cobrar a *demurrage* incidente a partir de 24.02.2022, data a partir da qual tentou devolver o item.

Citada, a requerida ofereceu contestação às fls. 55/87, definindo a autora como contumaz inadimplente do setor. Avoca a cláusula 325 do contrato, que prevê que em caso de devolução extemporânea do contêiner utilizado para o transporte, isto é, após findo o período livre, o pagamento da sobrestadia devida deverá ser feito pela modalidade à vista. Consigna a devolução do contêiner ao pagamento à vista da sobrestadia. Frisa que quem a contratou e se obrigou aos termos contratuais foi a empresa VIKIX Trading, tendo a autora figurado apenas como adquirente da mercadoria, de forma que parte ilegítima. Defende a legalidade da cobrança imediata por *demurrage*. Frisa que quando da primeira tentativa da requerente em devolver o contêiner já havia incidido em dez dias de sobrestadia. Oferece reconvenção, cobrando a quantia de R$ 14.196,56 a título de sobrestadia incidente até 25.03.2022.

Em síntese, a autora, se valendo de agente de cargas, contratou o serviço de armador prestado pela requerida. Incidiu em *demurrage* e, ao tentar devolver o contêiner, a requerida condicionou sua recepção ao pagamento do valore devido a título de sobrestadia.

De início, quanto ao apelo da autora, não merece provimento.

O artigo 343 do CPC assim dispõe:

"Art. 343. Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa."

Acesso ao Sumário

Pela dicção do artigo mencionado, depreende-se que, entre os pressupostos específicos da reconvenção no novo CPC, destaca-se a conexão com o pedido ou causa de pedir da demanda principal ou, ainda, a conexão em face do vínculo entre os argumentos de defesa na contestação, a recomendar o julgamento conjunto das causas.

No presente caso, inegável a identidade de *causa petendi*, embasada no mesmo título.

Por fim, a alegação de inépcia da reconvenção por ausência de documentos, também não merece prosperar, pois foi instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação, notadamente como Conhecimento de Embarque "Bill of Lading" (fls. 126/128), relatório de descarga da operadora portuária (fls.129) além da nota de débito (fls. 132).

Desta forma, não há que se falar em inépcia da reconvenção proposta.

No mérito, cabe ponderar que é inaplicável o Código de Defesa do Consumidor, pois a relação existente entre as partes é de insumo, não se tratando de relação de consumo, porque o negócio jurídico firmado de transporte marítimo internacional de mercadorias, mediante a utilização e acondicionamento em contêineres, visa à implementação da atividade desenvolvida pela empresa autora.

Importante destacar de início que a cobrança de sobreestadia de contêiner ou "demurrage" se refere à taxa diária ajustada pelas partes, a ser paga pela utilização dos contêineres por período superior ao contratado.

Não se trata de uma cláusula penal, mas sim de indenização pelo descumprimento contratual, cuja finalidade é a de compensar o proprietário dos contêineres por eventuais prejuízos suportados pela devolução tardia.

Nesse sentido:

(...) COBRANÇA - Sobrestadia de 'container' - Responsabilidade da apelada pela extrapolação do prazo concedido que é incontroversa - Valores cobrados que tem natureza de indenização e não de cláusula penal, o que afasta a incidência do art. 412/CC - Conversão da moeda que deve ser realizada na data do efetivo pagamento, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça - Valor que deve ser acrescido, também, de juros moratórios - Honorários que ficam arbitrados em 15% sobre o valor da condenação Recurso provido para afastar o decreto de prescrição e julgar procedente a ação, nos termos do acórdão.* (TJSP 12ª Câmara de Direito Privado Apel. 0007988-89.2010.8.26.0562 Rel. Jacob Valente J. 03.04.2013) Grifos nossos.

Entretanto, a conduta da requerida de condicionar a devolução do contêiner ao pagamento das despesas de sobrestadia cria verdadeiro obstáculo à devolução do contêiner e favorece a incidência de maior tempo de *demurrage*, o que importa em, como bem consignado na r. sentença, em violação ao art. 21, §1º da Resolução Normativa 18.2017 da Antaq:

Acesso ao Sumário

Art. 21. A responsabilidade do usuário, embarcador ou consignatário pela sobre-estadia termina no momento da devida entrada do contêiner cheio na instalação portuária de embarque, ou com a devolução do contêiner vazio no local acordado, no estado em que o recebeu, salvo deteriorações naturais pelo uso regular.

§ 1º Caso o embarcador decida postergar o embarque do contêiner por qualquer motivo, ou dê causa ao postergamento, a contagem do prazo da sobre-estadia somente se encerrará no momento do efetivo embarque.

§ 2º A contagem do prazo de livre estadia do contêiner será suspensa em decorrência de: I - fato imputável diretamente ao próprio transportador marítimo, ao proprietário do contêiner, ou ao depósito de contêineres (depot).

É o entendimento deste Tribunal, conforme se verifica:

CONTRATO DE TRANSPORTE MULTIMODAL - Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por dano material e reconvenção entre partes inversas - Devolução de contêiner condicionada ao pagamento das despesas de sobre-estadia - Prática que viola dever de boa-fé - Inteligência dos artigos 769 e 771 do Código Civil - Ordem para que a ré receba o cofre independentemente de pagamento - Reconvenção desacompanhada de termo de responsabilidade de devolução de contêiner a fim de verificar o período livre e as tarifas de sobre-estadia - Procedência em parte da ação principal e extinção da reconvenção mantidas - Recursos da autora e da ré improvidos. (TJSP; Apelação Cível 1003177-49.2022.8.26.0562; Relator (a): Correia Lima; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/09/2023; Data de Registro: 07/09/2023)

OBRIGAÇÃO DE FAZER e INDENIZATÓRIA. Recusa da ré na devolução de contêiner pela autora. Pretensão a imediata devolução do cofre e indenização pela estadia paga a terceiro. Preliminar de ilegitimidade ativa da autora para a ação. Afastada. No mérito, ausência de controvérsia quanto à recusa da ré de recebimento do cofre pela demandante e ao atraso na devolução do contêiner, após o free time. A demandante tem direito à devolução do cofre, independentemente do pagamento da sobreestadia. Obrigação de fazer consistente no recebimento do contêiner é medida que se impõe. Decisum mantido neste ponto. Ressarcimento das despesas gastas pela autora em armazém particular. Depósito em cheque realizado por envelope em terminal de autoatendimento bancário. Prova inidônea, pois desacompanhada de efetiva demonstração da compensação da cártula. Outrossim, ausente recibo de quitação pela empresa depositária do contêiner, prova que seria suficiente para o ressarcimento pretendido. Inexistência de comprovação do desembolso, não há falar em ressarcimento. Sentença reformada neste fragmento. Litigância de má-fé da autora não caracterizada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Acesso ao Sumário

(TJSP; Apelação Cível 1017822-16.2021.8.26.0562; Relator (a): Anna Paula Dias da Costa; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/09/2023; Data de Registro: 06/09/2023)

Não tendo sido devolvidos os contêineres no prazo, a autora descumpriu com sua obrigação decorrente do contrato firmado e, nos termos deste, responde pela caracterização de excesso de prazo na devolução dos equipamentos.

Ressalte-se que normas específicas trazem a definição legal de que os contêineres são considerados como partes integrantes dos navios, logo, os operadores do setor que dispõem dos contêineres para a viabilização do transporte marítimo de cargas necessitam dos mesmos para desenvolver a sua atividade e, o não cumprimento do prazo estabelecido no contrato para devolução enseja, entre outros desdobramentos prejudiciais, ônus diversos (diretos ou indiretos) a tais operadores decorrentes das despesas reflexas da não devolução ou tardia devolução dos equipamentos.

Entretanto, deve a autora arcar com os valores devidos a título de sobrestadia incidentes até a data em que comprovadamente tentou providenciar a devolução do contêiner, sendo obstada pela requerida em virtude da existência dos referidos débitos. Incide, portanto o §2º do supramencionado art. 21 da Resolução Normativa 18/2017 da Antaq.

No que tange a reparação pelos danos materiais experimentados pela autora, conforme se verifica do demonstrativo de cálculo de serviço de armazenagem de importação acostado às fls. 28/29, a fatura se refere ao período de 27 dias de estadia, com entrada em 29.01.2022 a 25.02.2022.

Conforme se depreende dos autos, a tentativa de devolução do contêiner pela autora se deu em 24.02.2022, de forma que não pode o período integral ser imposto à requerida, haja vista que foi pago no dia 23.02.2022, conforme comprovante de fls. 35, isto é, um dia antes do pedido de devolução (fls. 39)

Desta forma, merece parcial provimento o recurso da ré, a fim de que seja julgado IMPROCEDENTE o pedido de indenização por danos materiais formulado pela autora, mantido o restante da r. sentença por seus próprios fundamentos.

Por fim, tendo ambas as partes recorrido, deixo de aplicara regra do art.85, §11, do CPC, tendo em vista que todo trabalho adicional dos patronos foi desempenhado no interesse de seu próprio cliente.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso da autora e dou parcial provimento ao recurso da ré.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001349-

94.2023.8.26.0299, da Comarca de Jandira, em que é apelante ASSOCIAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE JANDIRA, é apelada MARIA IVANILDE DA SILVA TÍTULO (REVEL).

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o advogado Dr. Fernando Papa.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº2023/45424)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO REVERENDO VIDAL AKAOUI (Presidente) e PASTORELO KFOURI.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2024.

MIGUEL BRANDI, Relator

Ementa: APELAÇÃO - COBRANÇA - Associação de funcionários públicos contra associada - Revelia - Procedência - Insurgência da autora - Alegação de que os honorários advocatícios foram fixados de forma irrisória (R$36,05) - Pleito para que a tabela de honorários da OAB seja utilizada, nos termos do art. 85, § 8º-A, do CPC - Parcial cabimento - Honorários que devem ser majorados para R$500,00 - Pequeno valor da demanda (R$360,58), falta de contestação, simplicidade da causa e trâmite célere (demanda ajuizada em abril de 2023) que tornam inaplicáveis à hipótese os patamares recomendados pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados, visto que representariam, no mínimo, montante dez vezes superior ao cobrado - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de apelação, tirada contra a sentença de fls. 54/55 que julgou procedente a ação de cobrança, movida por ASSOCIAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE JANDIRA em desfavor de MARIA IVANILDE DA SILVA TÍTULO.

O dispositivo da sentença foi lançado nos seguintes termos:

"*JULGO PROCEDENTE o pedido da ação proposta por Associação dos Funcionarios Públicos do Município de Jandira em face de Maria Ivanilde da Silva Titulo, para condenar a parte ré a pagar à autora a quantia de R$ 360,58 (fl. 39), com correção monetária pela Tabela do TJSP desde cada desembolso e juros de mora de 1%, desde a citação. Custas e honorários (10% sobre o valor da condenação) pela parte ré.*"

Acesso ao Sumário

Apela a autora (fls. 63/70), pedindo a reforma do julgado. Em suas razões, aduz que os honorários advocatícios devem ser majorados, com base na fixação por equidade (art. 85, § 8º-A do CPC), pois correspondem a R$36,05.

Preparo (fls. 71/72).

Dada a oportunidade de contrariedade, o recurso não foi contrarrazoado.

Este processo chegou ao TJ em 16/11/2023, sendo a mim distribuído em 27, com conclusão em 28 (fls. 80).

Caso estudado e voto concluído em 05/12.

É o relatório.

Admito o recurso porque tempestivo.

O recurso prospera em parte.

De fato, o valor fixado a título de honorários advocatícios (R$36,05) é irrisório.

Assim, necessária a majoração, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC, para R$500,00.

Sobre o disposto no art. 85, § 8º-A, do CPC, tendo em vista o pequeno valor da causa (R$360,58), a falta de contestação, a simplicidade da causa e o trâmite célere (demanda ajuizada em abril de 2023), os índices recomendados pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados são inaplicáveis à hipótese, pois imporiam à ré a obrigação de pagar no mínimo R$3.827,59 (valor para procedimento "sumário") ou R$5.511,73 (valor para procedimento "ordinário") (vide site https://www.oabsp.org.br/servicos/tabelas/tabela-de-honorarios/), o que não é razoável.

Diante do exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, para fixar os honorários advocatícios em R$500,00, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC.

É como voto.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1024881-91.2018.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes MARIA HELENA TEIXEIRA DA COSTA e VANESSA SANTA´ANA, são apelados ECF NERI FRANCHISE EIRELI e HANRI MARCELL SURIAN MARONI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37695)**

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

São Paulo, 27 de fevereiro de 2024.
GRAVA BRAZIL, Relator

Ementa: Apelação. Franquia. Ação de ressarcimento material cumulada com indenização por dano moral, movida por candidatas a operar como franqueados, em face de franqueadora. Sentença de parcial procedência. Recurso das autoras. Inconformismo. Não acolhimento. Autoras que se mudaram para os Estados Unidos antes de efetivamente concluída a contratação e, ainda, em momento que sequer escolhido o ponto comercial. Correta a sentença, portanto, ao indeferir os pleitos de ressarcimento de custos com a mudança para os Estados Unidos, danos morais e lucros cessantes. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

1. Cuida-se de "ação de ressarcimento material cumulada com indenização por dano moral" movida por **MARIA HELENA TEIXEIRA DA COSTA** e **VANESSA SANTANA** em face de **ECF NERI FRANCHISE EIRELI** e **HANRI MARCELL SURIAN MARONI.**

Após regular processamento, foi proferida sentença de parcial procedência (fls. 841/847), de seguinte dispositivo:

"Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados na inicial desta ação proposta por MARIA HELENA TEIXEIRA DA COSTA e VANESSA SANT'ANA contra ECF NERI FRANCHISE EIRELI e HANRI MARCELL SURIAN MARONI, apenas para condenar a ECF NERI FRANCHISE EIRELI a restituir a quantia de R$ 237.216,27 [atualizada até maio/2018], sobre a qual deverão ser acrescidos correção monetária pelos índices da Tabela Prática do TJSP, e juros moratórios de 1% ao mês, ambos a contar da citação [art. 406 do CC]. No mais, extingo a ação com resolução do mérito, fundamentado no art. 487, I, do CPC.
Sucumbente em três dos quatro pedidos formulados, condeno a parte autora ao pagamento de 75% das custas e despesas processuais, além de honorários no importe de 10% do valor atualizado dos pedidos em que sucumbiu, com juros moratórios de 1% ao mês, a contar do trânsito em julgado, conforme art. 85, §16, do CPC.
E condeno a parte requerida, solidariamente, ao pagamento do restante das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios no importe de 10% do valor atualizado da condenação, com juros moratórios de 1% ao mês, a contar do trânsito em julgado, conforme art. 85, §16, do CPC."

Acesso ao Sumário

Inconformadas, as autoras apelam.

Sustentam que devem ser ressarcidas pelos réus pelos custos da mudança para os Estados Unidos, com família, pois, diferentemente do que entendeu o juízo sentenciante, tal mudança de país não se mostrou prematura, pois todas as negociações já estavam confirmadas havia meses, inclusive com a inauguração garantida pela Franqueadora correquerida, sendo que os "alegados 'imprevistos' dando margem às arbitrariedades, artimanhas e injustiças praticadas pela Apelada" (fls. 918) apenas surgiram posteriormente. Asseveram, também, que a postura dos apelados, desistindo da expansão da masca nos Estados Unidos, após toda a negociação para a operação da franquia, causou-lhes danos morais, de modo que devem ser condenados ao pagamento da indenização respectiva. Aduzem, ainda, que os réus devem também ser condenados ao pagamento de indenização por lucros cessantes, pois elas, autoras, desfizeram-se de lucrativo salão de cabelereiro no Brasil, por preço inferior ao que avaliado, para operar a franquia nos Estados Unidos, com promessa de lucros, mas tiveram seu projeto inviabilizado, uma vez que os réus desistiram de operar naquele país. Firmes em tal argumentação, buscam provimento (fls. 904/936).

Recurso tempestivo, de preparo recolhido (fls. 974/976, 981/983 e 992/993) e respondido (fls. 943/959).

É o relatório, adotado, quanto ao mais, o da sentença apelada.

2. Sentença escorreita. Recurso inconvincente.

De fato, como bem salientado na sentença, foi prematura a mudança das apelantes para os Estados Unidos, juntamente com a família.

Deveras, ainda em negociação a instalação da franquia, conquanto elas já tivessem efetuado o pagamento de alguns valores à apelada.

Note-se, ainda, que nunca houve a definição do ponto comercial em que seria operada a franquia nos Estados Unidos, de modo que a mudança da família, com os filhos menores, para aquele país, foi mesmo açodada.

Sobre a questão, bem salientou o juízo sentenciante:

> "É incontroverso nos autos que nunca houve definição do ponto comercial em que seria instalada a unidade franqueada ‹Empório do Aço› nos Estados Unidos. Aliás, o instrumento contratual celebrado pelas partes faz menção hipotética à instalação da franquia: ‹[n]o caso da efetiva abertura do ponto comercial e a assinatura do contrato definitivo, [...]› - fls. 71.
>
> Assim, as negociações entre as partes aparentavam estar ainda na fase inicial quando ocorreu a precipitada mudança de país das autoras e respectivas famílias, de modo que não pode a franqueadora ser responsabilizada pelos custos incorridos. Nesse sentido, aliás, dispõem as cláusulas 8 e 9 do Termo de Reserva:
>
> 8. É de exclusiva responsabilidade da PRETENDENTE os custos, despesas e investimentos relacionados com o aparelhamento, organização

Acesso ao Sumário

> e implantação para o regular funcionamento da Unidade Franqueada.9. O PRETENDENTE responsabiliza-se direta e exclusivamente por todos e quaisquer providências, riscos ou custos das atividades decorrentes da operação da unidade franqueada EMPORIO DO AÇO, arcados, com todos os encargos trabalhistas, fiscais, previdenciários necessários para a implantação da UNIDADE FRANQUEADA no estabelecimento pretendido." (fls. 845/846).

Pelos mesmos fundamentos, descabe cogitar de indenização por danos morais ou por lucros cessantes.

O negócio não se efetivou, não houve sequer o início das operações, senão que apenas assinada um "TERMO DE RESERVA DE UNIDADE FRANQUIA" (fls. 69/74).

Analisando-se detidamente os contornos do caso concreto, imperioso se concluir que não foi a conduta dos apelados causa de danos morais indenizáveis, pois, como dito, as apelantes deveriam ter esperado que o negócio realmente fosse confirmado (ou, no limite, até mesmo entrado em operação), para se mudarem para os Estados Unidos.

Vale pontuar que se mostrou mesmo extremamente arriscada a mudança precoce aos Estados Unidos quando se tem em mira que as apelantes eram sabedoras que os apelados não operavam, ainda, nenhuma franquia naquele país.

Empreender é assumir riscos, desde as fases das tratativas.

Também não há falar em condenação dos apelados ao pagamento de indenização por lucros cessantes.

A respeito da questão, vale salientar que as apelantes desejam, ao mesmo tempo, que os apelados sejam condenados ao pagamento de valores a título de lucros cessantes por deixarem de operar outro negócio no Brasil e, ainda, por não terem instalado a franquia nos Estados Unidos (fls. 935, último parágrafo). Vale dizer, desejam receber valores como se os apelados tivessem frustrado eventual pretensão de exercerem as duas empresas ao mesmo tempo, o que não se mostra sequer razoável, pois isso nunca foi seu (das apelantes) intento.

Dito de outro modo, deixaram um negócio no Brasil na expectativa de operar outro nos Estados Unidos, mas desejam receber indenização por lucros cessantes como se a conduta da contraparte as tivesse impedido de lucrar em ambos os empreendimentos concomitantemente, o que não se pode admitir.

De todo modo, o que importa é que a franquia não passou das tratativas, não havendo, assim, que se falar em indenização por lucros cessantes, em relação a qualquer dos empreendimentos.

Acresça-se que não socorre às apelantes argumentarem com as informações que teriam recebido de prepostos dos apelados, pois o que interessa, repise-se, para o deslinde da controvérsia posta, é que ainda não ultimada a contratação, sendo que sequer tinha havido a escolha do ponto comercial, quando optaram por se mudar para os Estados Unidos.

Acesso ao Sumário

Acréscimos são dispensáveis.

Ante o malogro do recurso, a honorária de sucumbência, devida pelas apelantes (autoras), resta majorada (CPC, art. 85, § 11) de "10% do valor atualizado dos pedidos em que sucumbiu" (fls. 847) para 12% (doze por cento) de tal base de cálculo.

Considerando-se os limites da devolutividade recursal, acréscimos são dispensáveis, mas vale, de todo modo, na tentativa de se evitar desnecessários e protelatórios incidentes, salientar que: (a) "*não está o órgão julgador obrigado a tecer considerações acerca de toda a argumentação deduzida pelas partes, senão que a decidir e dar os fundamentos, o caminho percorrido pelo seu intelecto, para chegar à solução encontrada, o que se verificou no caso concreto* " (TJSP, Apelação 1018986-79.2022.8.26.0562, 18ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sergio Gomes, j. em 24/05/2023); e (b) despicienda a menção expressa a todos os dispositivos legais indicados pela apelante (prequestionamento numérico) para eventual acesso às instâncias extraordinárias.

3. Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso. É o voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1108625-73.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MUNICÍPIO DE OSASCO, são apelados GGR PRIME I FUNDO DE INVESTIMENTOS EM DIREITOS CREDITÓRIOS e GGR INSTITUCIONAL FUNDO DE INVESTIMENTO RENDA FIXA IMA-B5.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34869)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente) e FRANCISCO SHINTATE.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2024.

CASTRO FIGLIOLIA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - EMBARGOS DE TERCEIRO JULGADOS IMPROCEDENTES – LEGALIDADE PENHORA DE BEM IMÓVEL - alegação do município apelante de que parte do imóvel penhorado é área pública - descabimento - imóvel resultante da fusão de duas outras áreas, sendo que uma delas era de propriedade municipal até maio de 2015, quando

foi transferida à executada no âmbito de operação urbana consorciada - transferência que se deu, todavia, de maneira incondicional e livre de qualquer ônus - municipalidade que, se assim desejasse, poderia ter mantido a natureza pública do bem ou vinculá-lo a uma finalidade pública por meio de diversos instrumentos existentes no ordenamento jurídico, mas assim não fez, o que denota que o imóvel deixou de ser público e passou à livre disponibilidade da sociedade empresária executada - bem que foi submetido ao regime de patrimônio de afetação, com alienação fiduciária de frações que seriam futuramente destinadas à comercialização - garantias constituídas em favor dos exequentes, ora apelados - dívida executada (debêntures) que decorre de obrigação vinculada à incorporação imobiliária - distrato celebrado entre a executada e o município apelante que não operou automático retorno de qualquer área ao patrimônio público, nem vincula os apelados - avença firmada, ademais, quando a executada não tinha mais a livre disponibilidade do bem - manutenção da rejeição dos embargos de terceiro, nos termos do art. 252 do RITJSP.
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS - REDUÇÃO - verba honorária fixada em 10% sobre o valor atualizado da causa (R$ 14.615.256,15) - Fazenda Pública - necessidade de observação dos percentuais gradativos previstos no art. 85, § 3º do CPC que, no caso dos autos, são de 5% a 8% - redução dos honorários para 5% sobre o valor atualizado da causa - quantia resultante que é suficiente para remunerar condignamente os advogados dos apelados - sentença reformada parcialmente apenas para tal fim.
Resultado: apelo parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de embargos de terceiro opostos pelo Município de Osasco à penhora de bem imóvel (matrícula nº 42.092 do CRI de Osasco/SP) realizada na execução de título extrajudicial promovida por GGR Prime I Fundo de Investimentos em Direitos Creditórios e GGR Institucional Fundo de Investimento Renda Fixa IMA-B 5 contra GBX Tietê II Empreendimentos e Participações

Acesso ao Sumário

S/A (cuja atual denominação é Estação Osasco de Desenvolvimento Imobiliário S/A). O embargante sustentou que o imóvel penhorado resultou da fusão de outros imóveis, dentre eles o de matrícula 41.141 do 2º Cartório de Registro de Imóveis de Osasco/SP, que fora doado à executada para realização da obra do Novo Paço Municipal. O projeto não foi concluído, tendo havido distrato e promessa de devolução da área pública. Trata-se, portanto, de imóvel público e, por esta razão, impenhorável (fls. 1/8).

Em contestação (fls. 313/336), os embargados, basicamente, defenderam que o imóvel é particular e que, portanto, não há qualquer óbice à expropriação.

Os embargos de terceiro foram julgados improcedentes, com condenação do município embargante no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa. Houve ainda correção do valor da causa para R$ 14.615.256,15 (fls. 710/712 e 725).

O Município de Osasco interpôs recurso de apelação (fls. 728/738). Alegou que o imóvel penhorado (matrícula nº 42.092) adveio da fusão dos imóveis de matrículas nºs. 41.141 e 41.186, consistentes em áreas desapropriadas e transferidas ao patrimônio público municipal e à executada para a finalidade de construção do Novo Paço Municipal. Todavia, após entraves administrativos, referida transação restou cancelada, tendo o distrato ocorrido em 2019, muito antes da penhora do imóvel em sua totalidade. Parte do imóvel, portanto, é área pública, razão pela qual é impenhorável. A fixação dos honorários advocatícios havida na sentença foi incorreta, pois não foi observado o disposto no art. 85, §§ 2º e 3º do Código de Processo Civil. O valor é exorbitante. A fixação da verba honorária deve respeitar o princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Pelo que expôs, o apelante pugnou pela reforma da sentença para o fim de serem julgados procedentes os embargos de terceiro, afastando a constrição judicial sobre a parte do imóvel que foi desapropriada, possibilitando o fracionamento da matrícula nº 42.092. Subsidiariamente, requereu a redução da verba honorária.

Em resposta (fls. 742/763), os apelados defenderam o acerto da sentença.

Houve oposição ao julgamento em sessão virtual (fls. 772).

É a síntese necessária.

Por primeiro, consigne-se que, por conta da oposição dos apelados, o julgamento se deu em sessão presencial, com ampla possibilidade de as partes apresentarem as suas razões oralmente.

O recurso foi interposto no prazo legal (cf. arts. 183, 219, 224, §2º, 231 inciso VII e 1.003, §5º, todos do CPC). O apelante é isento do pagamento da taxa judiciária (art. 6º da Lei Estadual nº 11.608/2003). Passa-se, então, ao exame do recurso.

O apelo comporta provimento parcial.

Os fundamentos adotados na sentença para a rejeição dos embargos de terceiro foram os seguintes: "*Passo a conhecer dos embargos, que tratam de*

Acesso ao Sumário

direito e de fatos incontroversos ou que se provam por documentos, não havendo necessidade de produção de prova técnica ou oral. Conforme mencionei ao indeferir a suspensão da execução, "não há prova da posse nem da propriedade do município embargante, e documentos indicam o exatamente o contrário. A certidão da matrícula n. 42.092 do 2º CRI de Osasco/SP (fls.187) revela que o imóvel é (era) de propriedade da executada Estação Osasco Desenvolvimento Imobiliário S/A (antes denominada GBX Tietê II Empreendimentos e Participações S/A) que, em maio de 2016, alienou-o fiduciariamente em garantia a antecessores da exequente. É verdade que referida matrícula resultou da fusão de dois imóveis, um dos quais (matrícula n. 41.141 2º CRI de Osasco/SP) pertenceu, até maio de 2015, ao município embargante. Naquela data, porém, houve permuta regularmente registrada, negócio que transferiu incondicionalmente o domínio à executada (fls. 166/168). Conclui-se disso, a menos em juízo delibatório, que o instrumento de distrato de fls.12/22, assinado em dezembro de 2019, foi celebrado pelo embargante a non domino - com quem, naquela data, não tinha direito de propriedade e que, portanto, não podia devolvê-lo a quem quer que seja, uma vez que nemo plus iuris transfere ad alium potest quam ipse habet" (fls.310). Não há motivo para modificação desse entendimento. A área que era do município embargante foi previamente doada incondicionalmente à incorporadora, justamente a fim de viabilizar, via financiamento, a realização do empreendimento. Com isso, poupança pública foi captada mediante emissão de debêntures, o projeto começou a ser erguido mas, por diferentes motivos, dentre eles conduta da própria prefeitura, não foi concluído. Desconsiderar não somente a alienação da área, mas também sua vinculação ao financiamento do projeto, acabaria por premiar quem deu causa ao fracasso, em detrimento de terceiros credores que nenhuma ingerência tinham na sua execução. Contra estes não se pode falar em "supremacia do interesse público", porque jamais contrataram com a prefeitura. O princípio de direito administrativo não se mostra aplicável a operação privada de crédito. O distrato invocado pelo embargante, de toda forma, não resultou no retorno da área ao patrimônio público, nem poderia - quem prometeu devolver o bem era, àquela altura, proprietária fiduciária que dele não podia dispor. A doação anteriormente feita pelo município, perfeita e acabada, incondicional e registrada na matrícula, nunca foi desfeita, e o imóvel penhorado sujeita-se, integralmente, à execução. DISPOSITIVO. Ante o exposto, rejeito os embargos e condeno o embargante Município de Osasco ao pagamento das custas e despesas processuais, e de honorários advocatícios que fixo em 10% do valor atualizado da causa, com juros de mora à taxa legal contados a partir do trânsito em julgado".

Quanto ao principal - rejeição dos embargos de terceiro - a sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos, os quais ficam adotados como razão de decidir, nos termos do permissivo contido no art. 252 do Regimento

Acesso ao Sumário

deste Tribunal de Justiça, de seguinte teor: "*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando suficientemente motivada, houver de mantê-la, apreciando, se houver, os demais argumentos recursais capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no julgamento*".

Diga-se que o Superior Tribunal de Justiça entendeu válida a disposição, ao reconhecer "*a viabilidade de órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação do decisum*" (REsp. 662.272/RS, 2ªTurma, Rel. Min. João Otávio de Noronha; REsp, 641.963/ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, REsp. 592.092/AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon e REsp. 265.534/DF, 4ª Turma - Rel. Min. Fernando Gonçalves).

Aos fundamentos da sentença, acrescentam-se os que se seguem.

O fato de parte do imóvel ter pertencido anteriormente ao município apelante, por si só, não faz dele bem público.

É incontroverso que o imóvel penhorado (matrícula nº 42.092 do 2º Oficial de Registro de Imóveis de Osasco/SP) resultou da fusão de duas áreas (matrículas nºs. 41.041 e 48.146), sendo que uma dessas áreas era de propriedade municipal até maio de 2015, quando foi transferida para a executada - então denominada GBX Tietê II Empreendimentos e Participações S/A - por meio de permuta. Em agosto de 2015, houve a fusão dos imóveis, resultando no bem que foi penhorado na execução (fls. 166/168).

Ainda que a transferência da área tenha sido realizada para a execução de obra de interesse público, no âmbito de operação urbana consorciada - construção de paço municipal -, o fato é ela se deu de maneira incondicional. A circunstância é relevante, pois se fosse de seu interesse, a municipalidade poderia se servir de inúmeros instrumentos jurídicos para manter a natureza pública do bem ou, ao menos, a vinculação ao interesse público, tais como a concessão de direito real de uso, a doação com encargo etc., averbando-se tal circunstância junto à matrícula do imóvel. Nada disso foi feito, o que denota que, por vontade do apelante, o imóvel deixou de ser público e passou à livre disponibilidade da sociedade empresária executada. Tanto foi assim que no mesmo mês em que as matrículas foram unificadas, a incorporação imobiliária foi registrada e, menos de um ano depois, o imóvel foi cedido em alienação fiduciária.

Com efeito, absolutamente livre de qualquer ônus ou vinculação, em agosto de 2015, foi registrada na matrícula do imóvel incorporação imobiliária, consistente na construção de empreendimento (centro comercial) denominado "Condomínio Estação Osasco" (fls. 28). O bem foi submetido ao regime do patrimônio de afetação previsto nos arts. 31-A e seguintes da Lei nº 4.591/1964. Tal circunstância não impede a sua penhora, visto que a dívida executada decorre justamente de obrigação vinculada à incorporação, conforme se extrai da

Acesso ao Sumário

escritura de emissão das debêntures (fls. 477/504). Além disso, a partir de maio de 2016, as frações ideais do imóvel componentes da incorporação foram dadas em diversas alienações fiduciárias em garantia da emissão das debêntures (fls. 133/147).

Por óbvio, se o imóvel ainda fosse de propriedade pública, não poderia se constituir patrimônio de afetação ou ser dado em garantia de negócios jurídicos privados celebrados pela empresa executada.

É certo que, por conta da frustração do projeto, em dezembro de 2019, a executada e o município apelante celebraram distrato, no qual a primeira se comprometeu a restituir ao segundo área que compõe parte do imóvel penhorado e que lhe havia sido transferida. Ocorre que, conforme bem observado na sentença, ao tempo do distrato, a empresa executada não tinha mais a livre disponibilidade do bem, visto que este já estava alienado fiduciariamente a antecessores dos apelados.

Além disso, o mencionado distrato vincula exclusivamente os contratantes, não podendo prejudicar os apelados, que, ao tempo de celebração da avença, já dispunham de legítimo direito de garantia sobre o bem. O vínculo constituído no distrato é de natureza obrigacional e relativa, de modo que não ensejou automático retorno de qualquer área à municipalidade. Em outras palavras, responde apenas a executada pela obrigação assumida no distrato celebrado com o município, sem que tal circunstância possa impedir a efetivação do direito de crédito dos apelados, que não são partes e, por isso, não estão vinculados àquela obrigação.

Em suma, como o município apelante cedeu parte do imóvel penhorado à executada sem quaisquer reservas ou condições, foram perfeitamente válidos e eficazes os negócios jurídicos celebrados posteriormente por ela que oneraram e vincularam o bem ao pagamento de suas dívidas. Sob pena de grave insegurança jurídica, não pode agora municipalidade buscar reaver o imóvel que, por livre manifestação de vontade, cedera à executada, em detrimento do legítimo direito dos credores apelados.

Destarte, o caso é de manutenção da rejeição dos embargos de terceiro.

O recurso comporta provimento apenas em relação aos honorários advocatícios fixados na sentença.

Tratando-se de demanda ajuizada pela Fazenda Pública, aplicam-se os percentuais gradativos previstos no art. 85, § 3º do Código de Processo Civil, *in verbis*:

> *Art. 85. (...) § 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:*
>
> *I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salá-*

Acesso ao Sumário

rios- mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

No caso dos autos, o proveito econômico obtido pelos apelados consiste no valor da parte do imóvel que o apelante buscava excluir da excussão, reconhecido na sentença como sendo o valor da causa de R$ 14.615.256,15 - ponto não impugnado no presente recurso. O montante equivale a, aproximadamente, doze mil salários-mínimos. Por conta disso, os honorários devem ser fixados entre 5% e 8% do referido valor da causa, conforme previsto no inciso III acima copiado.

Considerados os parâmetros previstos no § 2º do art. 85 do CPC - grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço -, conveniente que os honorários advocatícios sejam reduzidos para 5% (cinco por cento) sobre o valor atualizado da causa. A quantia é suficiente para remunerar condignamente os advogados dos apelados e não desborda das balizas preconizadas pelo art. 85 do CPC.

Assim, pelos motivos alinhavados, reforma-se parcialmente a sentença apenas para o fim de redução dos honorários advocatícios sucumbenciais.

Por derradeiro, porque parcialmente provido o presente apelo, não há que se falar em majoração a título de honorários advocatícios recursais.

Nesses moldes, **dá-se parcial provimento ao recurso.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006676-45.2023.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante EDITORA CLUB LTDA - O LIBERAL, é apelado DILADOR BORGES DAMASCENO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de

conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 90160)**

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

São Paulo, 22 de fevereiro de 2024.

ENIO ZULIANI, Relator

Ementa: Liberdade de expressão do jornal local sobre resultados do pleito eleitoral e interferência política do Prefeito. O alcaide pretendeu que fosse autorizada a publicação de nota retificadora, em resposta ao comentário que viola direitos de personalidade, embora a ação indenizatória ajuizada para obter danos morais foi rejeitada em sentença passada em julgado. A linguagem utilizada pela empresa de comunicação, dentro do contexto de embates e interesses antagônicos conhecidos por juízo de experiência, permite reconhecer não ter ocorrido divulgação de fatos inverídicos ou atribuição prejudicial, o que afasta a pretensão que, uma vez concedida sem a adequação exigida, interfere no exercício jornalístico e funciona como uma espécie velada de censura. Recurso provido para julgar a ação improcedente.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **EDITORA CLUB LTDA - O LIBERAL**, contra r. sentença de fls. 145/146 que julgou procedente o pedido de resposta ajuizado por **DILADOR BORGES DAMASCENO** para determinar que a ré veicule o texto de resposta apresentado pelo autor (fls. 19), no prazo de dez dias, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, limitada a R$ 30.000,00, além da sucumbência, fixados os honorários advocatícios em R$ 2.000,00.

Apela a ré alegando que a petição inicial deve ser indeferida, por defeito na representação, diante da utilização de uma única procuração para propor duas ações, uma contra o jornalista e outra contra o jornal, indicando somente o nome do jornalista, que não possui poder de representação. Houve falha do pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, o que autoriza a extinção do feito sem exame do mérito. Alega, também, que a notificação extrajudicial de fls. 16/19 não é válida, porque subscrita por quem não detinha poderes para tanto e estava desacompanhada da procuração, sendo nula, o que implica perda do direito de resposta. No mérito, aduz que não houve abuso de direito. Entende que não era necessário informar que existem comentários no

Acesso ao Sumário

sentido de que o autor se valeu de verbas públicas para financiar a campanha política de sua esposa. Agiu no exercício regular do direito de liberdade de expressão, limitando-se a tecer críticas ao agente público, sem ofensa pessoal ou uso de expressões ilegais. Afirma que todo o dinheiro utilizado em campanha é público, pois proveniente do fundo eleitoral. Não imputou prática de crime ao autor. Diz que a esposa do prefeito foi a segunda candidata mais votada na região. O direito de resposta não deve prevalecer, pois não pode publicar texto inverídico. Pede a atribuição do efeito suspensivo, o afastamento das multas, a expedição de ofício ao Ministério Público para apurar supostas irregularidades e a improcedência da ação.

Recurso respondido, pugnando o autor pelo não conhecimento do recurso. No mérito, busca a manutenção da sentença.

Há oposição ao julgamento virtual (fls. 219, 221/222).

E o relatório.

Ocorreu, na sessão de conferência de votos, pronunciamento oral dos Advogados que representam os litigantes, sendo que foi "reiterada", pelo requerido (autor da ação) preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade (art. 932, III, do CPC), o que constitui uma surpresa por nada constar na minuta que foi preparada para guiar os trabalhos. Relendo as contrarrazões (fls. 209-215) não foi identificado o ponto exato desse articulado e as razões suscitadas em plenário, sobre a regularidade do recurso, com razões ponderadas ao fato deduzido, conduziam a rejeição dessa tese, até porque a sustentação do Advogado da empresa recorrente revelou os motivos pelos quais se pediu a inversão do julgamento.

Sobre a procuração de fls. 7, reafirma-se que o documento atende aos requisitos dos artigos 654 do Código Civil e deve ser considerada válida, pois o mandato *ad judicia* foi conferido para dois procedimentos (cível e criminal) originários do mesmo fato. É muito formalismo exigir que fosse outorgado procuração para um dos mandatos e outra para a outra ação quando elas estão conectadas pelo objeto e pelas partes que estão na relação jurídica subjacente, um verdadeiro atentado aos princípios da celeridade e economia de atos, sem contar a simplicidade que em nada prejudica.

Acesso ao Sumário

É o direito de resposta uma reação que a tudo se assemelha ao exercício de legítima defesa ou como afirmava o Advogado de Ribeirão Preto (RUBENS CIONE, Do Direito de Resposta na Lei de Imprensa, Saraiva, 1985, p. 17) um vestígio de justiça privada. Essa comparação que é apropriada obriga refletir que admitindo a inclusão de uma resposta em edição subsequente do jornal local, está o Judiciário franqueando a quem se sentiu lesado o poder de alterar a dinâmica de confecção de jornais, porque a resposta é colocada por coerção ou por ordem judicial. É preciso cuidado na liberação de espaços jornalísticos porque a suposta retificação, em ambiente político, servirá de ferramenta de utilização em palanques eleitoreiros em detrimento da ética natural que empresas de

comunicação são obrigadas a obedecer, embora possam escorregar em alguma atividade. O que importa avaliar é o elemento subjetivo do erro de redação ou da intenção de prejudicar alguém com mentiras ou subterfúgios utilizados para conduzir a opinião pública a um descrédito imerecido. Daí porque o jurista português VITAL MOREIRA coloca, como condição obrigatória de direito de resposta, que o reclamante prove "ter sido prejudicado" (O direito de resposta na comunicação social, Coimbra Editora, 1994, p. 85).

Publicado no "O Liberal", em sua edição do dia 16.03.2023, o seguinte texto:

> "A região de Araçatuba deixou ontem de ter um representante na Assembleia Legislativa de São Paulo, o último remanescente era o biriguiense Roque Barbieri, que após oito mandatos consecutivos se despediu da ALESP deixando órfão a região de Araçatuba, é difícil achar um culpado único nessa história, mas claro que o prefeito Dilador Borges Damasceno é um dos que mais tem culpa por deixar a região enfraquecida, pois ao lançar sua esposa como candidata atrapalhou outras candidaturas mais solidas e tirou voto não elegendo ninguém, e olha que dizem por aí que ele gastou quase 5 milhões na rica campanha dela, que ficou muito longe de se eleger, mas claro que não foi o dinheiro dele foi nosso, dinheiro público, bom serão 4 anos sem absolutamente ninguém defendendo Araçatuba e região na capital paulista, apenas para registro o candidato de Araçatuba mais votado na cidade e na região foi o vereador Lucas Zanatta, com mais de 46 mil voto." g.n.

Para o atual mandatário de Araçatuba, a notícia ofende a sua honra e esse viés acusador decorre da falsa afirmação de ter gasto dinheiro público em favor da campanha de sua esposa para Deputada Estadual, o que faz obrigatório republicar a ocorrência com selo da verdade sobre a não manipulação de verbas públicas para fins pessoais e esclarecer, melhor, a questão dos votos obtidos na Cidade de Araçatuba e votos computados de toda a Região, esclarecido que a sua mulher foi a mais votada na cidade. Isso seria possível com a seguinte nota retificadora:

> "Por ordem judicial, retificando a publicação de 16.03.2023, esclarece que não é verdade que Dilador Borges Damasceno gastou cinco milhões de reais na campanha eleitoral de Deomerce, para deputada estadual, na eleição de 2023, nem que na referida campanha aplicou dinheiro público do Município de Araçatuba. Ainda, ao contrário do divulgado, a candidata Deomerce foi sim a mais votada em Araçatuba."

O ilustre Desembargador Alcides Leopoldo fez referência a comentários que esse relator publicou quando a revogada lei de imprensa ainda vigorava e essa volta no tempo permitiu que abrisse o livro "Comentários à Lei de Imprensa", editora Revista dos Tribunais, coordenação de Luiz Manoel Gomes Júnior, 2007, quando foi afirmado (ÊNIO SANTARELLI ZULIANI, p. 99) que o direi-

Acesso ao Sumário

to de resposta é "uma providência contra o abuso da imprensa, embora se saiba que a desinformação é difícil de ser refeita e quase impossível de ser desfeita", constituindo uma "nota de esclarecimento ou de desmentido". Porém e como lembrou PONTES DE MIRANDA "as criticas e as divergências de opinião, como outros escritos, não constituem, de regra, abuso de liberdade de imprensa" ("Ação de publicação da resposta à imprensa", in Tratado das Ações, RT, 1974, tomo V, p. 269).

Impossível não registrar o que foi afirmado por SERRANO NUNES (Direito de Imprensa, José Bushatsky Editor, SP, 1977, p. 230): "O direito de resposta, como se percebe, não é um instrumento banal, a servido de vaidades, melindres, segundas intenções ou discussões sem causa. Há de ser usado com parcimônia e renovada prudência, até mesmo porque, notadamente em relação ao homem público, a imprensa goza, em geral, de maior dose de liberdade".

O primeiro ponto a ser destacado é o da natureza do escrito jornalístico, o que exige do intérprete conferência da sua expertise profissional, de sua cultura, de suas fontes, para, comparando a linguagem utilizada e a destinação (quem escreve o quê e para quem?) entender se o conteúdo é razoável para a finalidade desejada pelo editorial. Nesse contexto e entendendo que a comunidade da área territorial citada tenha compreensão mediana do que acontece em movimentos políticos e comentários sobre campanhas e votação, de forma que quando foi afirmado gastos de cinco milhões para deslanchar a candidatura da esposa do prefeito, não é discurso de acusação de descontrole de verbas de fundo eleitoral ou manipulação de fatias dos candidatos para favorecer alguém. Pretendeu-se dizer que o autor da ação, na liderança obtida e que repercute nas organizações internas do partido, teria tentado emplacar a esposa e isso prejudicou a eleição de outros. Não há nada de ofensivo nesse articulado e a questão de entender que foi o autor acusado de uso indevido de verbas não passa de subterfúgio para obter espaço no jornal que talvez lhe faça oposição, o que não é correto. Ademais, o item que seria nocivo para a honra e reputação do autor, é assunto de transparência e qualquer consulta a sites dos Tribunais poderá confirmar que foram prestadas contas.

Acesso ao Sumário

Não é preciso retificar absolutamente nada, inclusive sobre o segundo aspecto a envolver indicação do candidato mais votado da sigla na eleição de Deputado Estadual. O escrito aborda eleição de representantes regionais e não de candidatos de Araçatuba e que teriam votos na Cidade. O eleitor sabe muito bem que interessa os votos totais contabilizados, independente de um volume maior decorrer das urnas da cidade e não da região. O que o jornal quis enfatizar foi que o partido não conseguiu eleger Deputado e o mais votado na região não foi a esposa do autor, o que é verdadeiro. O texto não precisa de correção até porque os números não mentem e quem quer esclarecimentos sobre votações específicas em determinados locais de votação, deverá consultar o Tribunal Regio-

nal Eleitoral, até porque isso, data vênia, isso não desperta tanta atenção depois de meses ou anos do pleito de resultado insatisfatório para todos os integrantes da chapa.

Soma-se a isto, o fato de que a ação de reparação de danos ajuizada pelo autor contra o jornalista foi julgada improcedente em 31.07.2023, com trânsito em julgado em 17.08.2023, o que constitui um motivo a mais para o indeferimento do pedido, dado o reconhecimento de inexistência de ofensa à honra (proc nº 1005360-94.2023.8.26.0032, Juizado Especial Cível de Araçatuba/SP, juíza Karina Akemi Nakayama).

Ensina Sérgio Cavalieri Filho, que "*não é demais lembrar que dois são os componentes da liberdade de informação jornalística: o direito de livre pesquisa e divulgação e o direito da coletividade de receber notícias que correspondam a uma realidade fática. Os órgãos de comunicação, é verdade, não estão obrigados a apurar, em todos os casos, a veracidade dos fatos antes de torna-los públicos. Se tal lhes for exigido, a coletividade ficaria privada do direito à informação, que deve ser contemporânea às ocorrências, sob pena de tornar-se caduca e desatualizada, perdendo a sua finalidade*". (Programa de Responsabilidade Civil, 9ª ed., Editora Atlas, pág. 118).

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

> (...) não caracteriza hipótese de responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística que narre fatos verídicos ou verossímeis, embora eivados de opiniões severas, irônicas ou impiedosas, sobretudo quando se trate de figuras públicas que exerçam atividades tipicamente estatais, gerindo interesses da coletividade, e a notícia e crítica referirem-se a fatos de interesse geral relacionados à atividade pública desenvolvida pela pessoa noticiada. Nessas hipóteses, principalmente, a liberdade de expressão é prevalente, atraindo verdadeira excludente anímica, a afastar o intuito doloso de ofender a honra da pessoa a que se refere a reportagem. Nesse sentido, precedentes do egrégio Supremo Tribunal Federal: ADPF 130/DF, de relatoria do Ministro CARLOS BRITTO; AgRg no AI 690.841/SP, de relatoria do Ministro CELSO DE MELLO. (REsp n. 801.109/DF, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 12/6/2012, DJe de 12/3/2013, destaquei.)

Como o direito de resposta é destinado apenas para os casos de publicações ofensivas e/ou abusivas, ausentes no caso, os requisitos do artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal e da Lei nº 13.188/2015 não foram preenchidos, de modo que a improcedência da ação é medida de rigor.

Ante o exposto, prejudicada a matéria preliminar, **dá-se provimento** ao recurso para julgar a ação improcedente, invertida a sucumbência, mantida a fixação dos honorários advocatícios por equidade, em razão do baixo valor dado à causa (R$ 1.000,00), em prestígio ao Tema 1076 do STJ.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005521-79.2019.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante DROGARIA SÃO PEDRO DE BONFIM PAULISTA LTDA. EPP, são apelados BANCO DO BRASIL S/A e COMPASSO ADMINISTRAÇÃO JUDICIAL LTDA. - ADMINISTRADORA JUDICIAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30341)**

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

São Paulo, 29 de fevereiro de 2024.

SÉRGIO SHIMURA, Relator

Ementa: PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - Inconformismo da recuperanda - Não acolhimento - A desídia da apelante em cumprir suas obrigações restou evidente nas diversas manifestações e relatórios da administradora judicial, o que, por si só, autorizaria a convolação do procedimento em falência - No entanto, diante da superveniente recuperação da situação econômico-financeira, com aumento de faturamento e prosseguimento regular de suas atividades, a extinção do pedido recuperacional, sem julgamento do mérito, é a solução que melhor os fins da preservação da empresa e do interesse social - Sentença de extinção, sem julgamento do mérito, que fica mantida - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de pedido de recuperação judicial, com requerimento de processamento via plano especial de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte, formulado pela ora apelante DROGARIA SÃO PEDRO DE BONFIM PAULISTA LTDA EPP (fls. 01/18).

O MM. Juízo "a quo" determinou a realização de constatação "in loco" e perícia prévia sobre a documentação apresentada, antes de decidir sobre o deferimento do processamento da recuperação judicial, nomeando administradora

Acesso ao Sumário

(fls. 90/93).

Após a apresentação do laudo pericial e habilitação de credores, foi deferido o processamento da recuperação judicial, observando-se o procedimento especial previsto no art. 70 e seguintes da Lei nº 11.101/2005 (fls. 241/246).

No decorrer do procedimento, a administradora judicial noticiou descumprimentos de obrigações por parte da recuperanda, tais como a ausência de publicação de edital no prazo, falta de pagamento dos seus honorários e descumprimento do plano de pagamento (fls. 367/370).

O MM. Juízo "a quo" determinou então que a recuperanda publicasse o edital, trouxesse aos autos o plano de recuperação judicial com atendimento dos termos dos art. 50 e 53 da Lei nº 11.101/2005 para que fosse convocada Assembleia para deliberação de conversão do rito especial para rito ordinário de recuperação judicial, sob pena de decretação de falência (fls. 413).

A recuperanda apresentou o plano de recuperação judicial (fls. 417/448). Houve audiência de conciliação, da qual a recuperanda não participou (fls. 477).

A Administradora Judicial manifestou-se no sentido de que há desinteresse da recuperanda no prosseguimento da recuperação, ante o reiterado descumprimento das pendências existentes nos autos. Sugeriu, portanto, a intimação da recuperanda para que justificasse o motivo pelo qual não realizou tais atos processuais e não participou da audiência, sob pena de extinção (fls. 492/496).

A recuperanda discordou dos termos apresentados pela Administradora judicial, afirmando que tem colaborado com todos os atos relativos ao processo. Além disso, solicitou o desbloqueio de suas contas bancárias e a suspensão das execuções movidas contra si (fls. 503/512).

O Ministério Público manifestou-se pela extinção da recuperação judicial, sem resolução do mérito, sustentando que, no curso do procedimento, a recuperanda apresentou significativo aumento no faturamento e sensível recuperação em sua situação econômica; todavia, após a melhora de seu quadro econômico, passou a negligenciar o atendimento das disposições do administrador judicial. E, ainda que tal circunstância autorize a convolação em falência, a possibilidade de extinção do feito seria mais viável do ponto de vista da preservação da empresa, dos direitos dos poucos credores e da ocorrência de efetiva recuperação da crise (fls. 517/520).

Sobreveio sentença de extinção, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, CPC, por falta de interesse processual, acolhendo-se a manifestação do Ministério Público, com supedâneo no princípio da preservação da empresa e considerando a efetiva recuperação da crise econômico-financeira da recuperanda; em consequência, foram indeferidos os pedidos da recuperanda, de desbloqueio de contas e de suspensão de execuções (fls. 521/525).

Foram acolhidos embargos declaratórios da administradora judicial, para determinar que a ex-recuperanda continue a arcar com seus honorários até qui-

Acesso ao Sumário

tação integral (fls. 538).

Inconformada, a requerente vem recorrer, sustentando, em resumo, que cumpriu todos os atos do processo, à exceção da publicação do edital no Diário Oficial, que deveria ter sido realizado pelo cartório; que procurou investidores e liquidou seu débito com um dos credores. Conclui, assim, que deve ser reformada a sentença, mantendo-se a recuperação judicial (fls. 545/547).

Recurso devidamente processado, respondido pelo credor BANCO DO BRASIL (fls. 557/561) A administradora judicial, bem como a D. Procuradoria Geral de Justiça, manifestaram-se pelo desprovimento do recurso (fls. 551/553; 582/583).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Com efeito, a apelante, em suas sucintas razões recursais, não trouxe qualquer elemento apto a infirmar a r. sentença, limitando-se a afirmar, genericamente, que "cumpriu todos os atos do processo" e que a publicação do edital não ocorreu unicamente por culpa do cartório.

Porém, a desídia da apelante em cumprir suas obrigações restou evidente pelas diversas manifestações e relatórios da administradora judicial, o que não se limitou à publicação do edital, mas envolve também a não apresentação do plano dentro do prazo legal; a não realização dos pagamentos no prazo do procedimento especial; e até mesmo sua ausência na audiência de conciliação, fatos estes não explicados, tampouco impugnados pela apelante.

Tais circunstâncias, por si só, já autorizariam a convolação da recuperação judicial em falência.

No entanto, os relatórios da administradora judicial demonstraram que houve sensível recuperação da situação econômico-financeira da apelante, aumento de faturamento e prosseguimento de suas atividades.

Assim, o decreto de falência poderia representar um prejuízo maior que o decreto de extinção da recuperação judicial, seja pelo princípio da preservação da empresa, seja pelo interesse social, considerando se tratar de uma farmácia tradicional e em pleno funcionamento no distrito de Bomfim Paulista.

Acesso ao Sumário

Em outras palavras, não há possibilidade de continuidade da recuperação judicial, como pretende a apelante, considerando sua desídia no cumprimento das obrigações legais e falta de comprometimento com o procedimento, o que levaria ao decreto de quebra. Assim, diante desse cenário, a alternativa proposta pelo Ministério Público e acatada pela r. sentença, ou seja, a extinção do feito, é a que melhor atinge os interesses de todos os envolvidos.

É importante lembrar, ainda, que, como bem delineado na r. sentença, a recuperação judicial, ainda que tenha sido extinta, atingiu seu fim, uma vez que a empresa apelante voltou a ter crescimento econômico e superou a crise

financeira.

Do exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001640-13.2022.8.26.0596, da Comarca de Serrana, em que é apelante JOÃO FRANCISCO SINASTRO, é apelado BANCO PAN 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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53756)**

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

São Paulo, 29 de fevereiro de 2024.

ÁLVARO TORRES JÚNIOR, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Desconto indevido de valores em benefício previdenciário do autor por força de suposto mútuo bancário - Banco réu não recorre da sentença que reconheceu a inexistência da relação jurídica, bem como, a inexigibilidade dos descontos indevidos e o condenou à devolução dobrada dos valores e indenização por dano moral, pontos que, em relação a ele, fizeram coisa julgada - Falha na prestação de serviços bem evidenciada na espécie - Dano moral - Caracterização - Dano "in re ipsa" - Indenização arbitrada em R$ 5.000,00 - Majoração - Cabimento - Indenização majorada para R$ 10.000,00 - Correção monetária da data do arbitramento (data deste acórdão) e juros moratórios desde a data do primeiro desconto, conforme súmula 54 do STJ - Pretensão à indenização de 15.000,00 não acolhida, pois excessiva - Honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.500,00 - Majoração - Cabimento - Elevação para 20% sobre o valor atualizado da condenação - O critério instituído pelo art. 85, § 8º-A, do CPC, para fixação equitativa de honorários sucumbenciais, não pode ser definido em valor fixo definido

Acesso ao Sumário

por um órgão de classe - Recurso provido em parte.

VOTO

1. Recurso de apelação contra a sentença que julgou procedente em parte esta ação nos termos seguintes (cf. fls. 188-193):

"*Ante o exposto e considerando tudo o mais que dos autos consta,* ***JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES*** *os pedidos da inicial, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, no sentido de:*

A) ***DECLARAR*** *a inexistência de relação jurídica entre o autor e o réu que possibilite os descontos indevidos ocorridos no benefício previdenciário do primeiro em favor do segundo, com a cessação dos descontos a este título, sob pena de multa diária;*

B) ***CONDENAR*** *o réu a restituir à parte autora os valores descontados indevidamente de seu benefício previdenciário em dobro, na forma do art. 42, parágrafo único, do CDC, com atualização monetária pela Tabela Prática do TJSP e juros de mora legais de 1% ao mês desde cada desconto indevido (súmula 54, STJ);*

C) ***CONDENAR*** *a ré ao pagamento de* ***R$ 5.000,00*** *a título de danos morais à parte autora, corrigidos monetariamente pelo índice da Tabela Prática do TJSP desde a data da presente sentença (Súmula 362 do STJ) e acrescidos de juros legais desde cada desconto indevido.*

Em razão da sucumbência mínima do autor, condeno o réu ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), nos termos do artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil, observada a justiça gratuita".

Pretende o autor apelante a majoração da indenização por dano moral para R$ 15.000,00. Pugna também pela elevação do valor dos honorários de seu advogado, nos termos do art. 85, §8ª-A, do CPC.

Recurso tempestivo, bem processado e contrariado.

2.1. As razões do apelo são suficientes ao conhecimento do mérito, não havendo ofensa ao princípio da dialeticidade.

O recorrente declinou o porquê do pedido de reexame da decisão e possibilitou ao réu a apresentação de resposta, formando-se o imprescindível contraditório em sede recursal.

2.2. O Banco réu se conformou com a sentença que, quanto a ele, fez coisa julgada relativamente à declaração de inexigibilidade dos débitos, à devolução dobrada dos valores descontados no benefício previdenciário do autor e ao pagamento de indenização por dano moral de R$ 5.000,00.

2.3. A pretensão recursal do autor cinge-se à majoração da indenização por dano moral e dos honorários de seu advogado.

2.4. A doutrina confere à indenização do dano moral caráter dúplice, tanto

Acesso ao Sumário

punitivo do agente, quanto compensatório em relação à vítima (cf. Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, Forense, 1989, p. 67). A vítima de lesão a direitos de natureza não patrimonial (CF, art. 5º, incisos V e X) deve receber uma soma que lhe compense a dor e a humilhação sofridas, arbitrada segundo as circunstâncias. Não deve ser fonte de enriquecimento, nem ser inexpressiva (cf. autor, ob. e p. cit.), sendo meramente arbitrável.

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

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

O dano sofrido pela apelante não foi intenso, pois decorreu de transtornos para resolver o problema, com idas e vindas ao Banco, má vontade de funcionários e outros dissabores bem conhecidos dos usuários - muito provavelmente (é de se esperar) não em decorrência da vontade da entidade bancária, porém consequência do natural gigantismo burocrático.

Sopesados esses fatores, a indenização é majorada de R% 5.000,00 para R$ 10.000,00.

Observe-se - e isso repercute positivamente na estimativa do valor indenizatório - que o autor consignou em juízo o valor que lhe foi creditado pelo Banco réu (cf. fls. 38-39) por força de um mútuo que ele não contratou, o que denota a sua boa-fé. Diferente seria e o valor indenizatório poderia ser reduzido - se o autor não tivesse tomado tal providência.

O valor indenizatório agora majorado será corrigido monetariamente da data deste acórdão (cf. súmula 362 do STJ) e os juros moratórios de 1% ao mês incidem do evento danoso, por se tratar de responsabilidade extracontratual (cf. súmula 54 do STJ), portanto, da data do primeiro desconto indevido no benefício previdenciário do autor.

2.5. Os honorários advocatícios foram arbitrados em R$ 1.500,00 (cf. art. 85, § 8º, do CPC) e são majorados para 20% sobre o valor atualizado da condenação (cf. art. 85, § 2º, do CPC).

Não se justifica verba honorária mais elevada por não ter sido intenso o

Acesso ao Sumário

labor profissional, ante a simplicidade da demanda, típica de ações massificadas.

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

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

Tal entendimento esvaziaria por completo o próprio sentido do arbitramento equitativo, subtraindo do juiz a possibilidade de analisar, no caso concreto, os elementos previstos nos incisos do art. 85, § 2º, do CPC, para efeito de definição dos honorários.

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

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

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

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1059207-98.2023.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado EMBRACON ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIO LTDA., é apelado/apelante OBJETIVA - SOLUÇÕES EM CONSÓRCIO S/C LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso da autora provido e recurso da ré improvido, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51595)**

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

São Paulo, 1º de março de 2024.

CORREIA LIMA, Relator

Ementa: CONSÓRCIO - Ação de obrigação de fazer

Acesso ao Sumário

- Pretenso crédito relativo à cessão de crédito havida entre titular de cota de consórcio, mantido com a ré, e a autora (cessionária) - Falta de anuência da ré à cessão - Desnecessidade - Cessão de crédito relativa a conta de consórcio cancelada - Inaplicabilidade do artigo 13 da Lei nº 11.795/08 e das cláusulas, neste sentido, do contrato de consórcio - Validade da cessão verificada - Fixação da verba honorária em percentual sobre o valor da causa, conforme tese firmada no Tema nº 1076 do C. STJ - Recurso da autora provido e recurso da ré improvido.

VOTO

1. Trata-se de ação de obrigação de fazer (pretenso crédito relativo à cessão de crédito havida entre o titular de cota de consórcio e a autora, fls. 1/35) intentada por Objetiva Soluções em Consórcio S/S Ltda. em face de Embracon Administradora de Consórcio Ltda., julgada procedente pela r. sentença de fls. 332/334, declarada a fls. 349, de relatório a este integrado, para "condenar a requerida a conceder ao autor o cadastro e acesso ao canal do consorciado, ou qualquer outro que o substitua, bem como determinar que promova a anotação em seu sistema no sentido de que a parte autora é cessionária do crédito da cota de consórcio objeto desta ação, assinalando prazo de 15 dias, sob as pena de adoção de medidas processuais a serem implementadas em fase de cumprimento de sentença. Deverá também promover a comunicação da autora em caso de eventual contemplação ou encerramento do grupo. Diante da sucumbência, condeno a ré ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios que arbitro em R$3.000,00, a ser atualizado a partir desta data." (fls. 333/334).

Apelou a ré em busca da inversão do resultado aduzindo, em resumo, que (1) são aplicáveis os artigos 13 da Lei 11.795/08 e 286 do Código Civil, (2) a cessão deve contar com a anuência da administradora de consórcio bem como o pagamento da respectiva taxa de transferência (3) o enunciado nº 16 do TJSP não tem força de lei e não é vinculante e (4) os honorários advocatícios comportam redução (fls. 352/369).

De seu turno, também recorreu a autora, aduzindo que os honorários advocatícios devem incidir sobre o valor da causa, a teor do artigo 85, § 2º, do CPC e do Tema nº 1076 do STJ (fls. 374/386).

As insurgências são tempestivas, ambas foram respondidas e preparadas (fls. 370/371 e 387/388).

É o relatório.

2. A irresignação da autora comporta provimento e a da ré desprocede.

Acesso ao Sumário

3. Ao que se extrai dos autos, a demanda visa o recebimento de valores oriundos de cessão de crédito relativa a cota de consórcio cancelada, realizada em 12.12.2022 (fls. 43/45) que, ao reverso, da cessão de direitos e obrigações, independe da anuência do devedor para que seja perfectibilizada.

Dispõem os artigos 286 e seguintes do Código Civil, que a sucessão por cessão do crédito independe do consentimento do devedor, bastando a notificação para que se torne plenamente eficaz, ressalvadas as exceções pessoais que até então o devedor tinha contra o cedente.

De feito, a cessão de crédito, propriamente dita, implica tão somente a cessão de direitos e não das obrigações do consorciado ao cessionário, instituídas pela lei e pelo contrato, restando, assim, afastada a aplicação do artigo 13 da Lei nº 11.795/08 bem como das cláusulas do contrato não trasladado que, apenas incidiriam, caso o consórcio ainda estivesse ativo, em andamento, o que não é o caso dos autos.

Tratando-se de cessão de crédito relativo a cota de consórcio inativa, cancelada e notificada ao devedor (fls. 48/53), inexiste óbice para o recebimento do valor pelo cessionário, a que o consorciado tenha direito, a teor do disposto no artigo 30 da Lei nº 11.795/08:

Art. 30. O consorciado excluído não contemplado terá direito à restituição da importância paga ao fundo comum do grupo, cujo valor deve ser calculado com base no percentual amortizado do valor do bem ou serviço vigente na data da assembléia de contemplação, acrescido dos rendimentos da aplicação financeira a que estão sujeitos os recursos dos consorciados enquanto não utilizados pelo participante, na forma do art. 24, § 1º.

Nesse sentido, aliás, idônea jurisprudência, em casos análogos, adverte, in verbis:

"EMBARGOS À EXECUÇÃO - Demanda julgada improcedente - Execução fundada em crédito decorrente de cessão de cota consorcial cancelada - Desnecessária a anuência da administradora para a transferência - Cessão de crédito e não de direitos e obrigações previstos no contrato de consórcio - Hipótese de não incidência do art. 13 da Lei 11.795/08, que se aplica apenas a consórcio ativo - Cessão de crédito realizada regularmente, nos termos do art. 286 do CC, a qual independe de prévia notificação do devedor - A regra do artigo 290 do CC serve apenas para que não haja pagamento indevido a terceiro estranho ao vínculo obrigacional, cujo fato aqui não ocorreu - Recurso desprovido, com majoração dos honorários advocatícios de 15% para 20% sobre o valor da execução (art. 85, § 11, do NCPC)." (TJSP-15ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 1082341-62.2020.8.26.0100, J. 13.07.2021, np, vu, Rel. Des. MENDES PEREIRA).

"APELAÇÃO. DEMANDA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CONSISTENTE EM COMPELIR O BANCO RÉU A ANOTAR EM SEUS REGISTROS

Acesso ao Sumário

A CESSÃO DO CRÉDITO DECORRENTE DE COTA DE CONSÓRCIO CANCELADA E, ASSIM, EVITAR O PAGAMENTO AO CONSORCIADO, ENTÃO CEDENTE, PERMITINDO-SE, ADEMAIS, O PAGAMENTO VIA DEPÓSITO EM CONTA CORRENTE E NÃO POR CHEQUE ADMINISTRATIVO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. DECISÃO REFORMADA. INTERESSE DE AGIR DA AUTORA CONFIGURADO. DESNECESSIDADE DE ANUÊNCIA DA ADMINISTRADORA EM RELAÇÃO AOS CONSORCIADOS CUJAS COTAS JÁ FORAM CANCELADAS. DEMANDA JULGADA PROCEDENTE, PARA DETERMINAR QUE O RÉU ANOTE EM SEU SISTEMA QUE A AUTORA É CESSIONÁRIA DO CRÉDITO DA COTA DE CONSÓRCIO. RECURSO PROVIDO." (TJSP-22ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 1108069-08.2020.8.26.0100, J. 24.06.2021, dp, vu, Rel. Des. CAMPOS MELLO).

"APELAÇÃO. Embargos à execução - Cota de consórcio - Sentença de improcedência - Recurso da instituição financeira embargante. CONSÓRCIO - Contrato de participação em grupo de consórcio é título executivo extrajudicial - Inteligência do art. 10, § 6º da Lei nº 11.795/2008 - Sucessão no polo ativo da execução independe do consentimento do devedor, na forma do artigo 779 do CPC, em consonância com os arts. 268 e seguintes do CC - Devedor notificado quanto à cessão do crédito correspondente a cota inativa, contemplada e integralmente adimplida - Ausência de repercussões contratuais pela cessão, caso em que se demandaria a anuência da administradora do consórcio, na forma do art. 13 da lei especial - Obrigação líquida, certa e exigível, cujo adimplemento é inescusável ao titular do crédito. Recurso não provido." (TJSP-18ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 1085018-65.2020.8.26.0100, J. 05.07.2021, np, vu, Rel. Des. HÉLIO FARIA).

"EXECUÇÃO. Instrumento particular de cessão e transferência de direitos creditórios sobre cota de consórcio cancelada. Inaplicabilidade da cláusula prevista no 'contrato de adesão para grupo de consórcio' que prevê a necessidade de prévia e expressa anuência da administradora do consórcio para transferência da cota a terceiros. Regra que trata dos direitos e obrigações de consorciado ativo. Caso concreto que versa sobre cessão de crédito de cota de consórcio cancelada. Desnecessidade da anuência do devedor, bastando que seja notificado para que tome conhecimento da cessão. RECURSO PROVIDO." (TJSP-17ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 1094495-15.2020.8.26.0100, J. 24.03.2021, dp, vu, Rel. AFONSO BRÁZ).

Tampouco há falar em pagamento de taxa de transferência, porquanto não houve cessão de direitos e/ou obrigações, mas mera cessão do crédito da cota cancelada, que, reitere-se, dispensa anuência da ré.

4. Assiste razão à autora quanto a base de cálculo dos honorários advocatícios.

Acesso ao Sumário

De feito, recentemente, o C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais nºs. 1.850.512/SP, 1.877.883/SP, 1.906.623/SP e 1.906.618/SP, em 16.03.2022 (acórdão ainda não publicado), Tema nº 1.076, sob a sistemática dos recursos repetitivos, fixou a seguinte tese:

1) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação ou da causa, ou o proveito econômico da demanda, forem elevados. É obrigatória, nesses casos, a observância dos percentuais previstos nos parágrafos 2º ou 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil (CPC) a depender da presença da Fazenda Pública na lide, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa.

2) Apenas se admite o arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo."

Destarte, com base na recente orientação do E. STJ, é de se reconhecer que o valor dos honorários de sucumbência deve, em regra, obedecer ao disposto no artigo 85, § 2º, do CPC, havendo ressalva apenas para as demandas cujo valor da causa seja muito baixo ou o valor do proveito econômico seja irrisório ou inestimável, hipóteses estas em que os honorários advocatícios serão arbitrados por equidade, conforme o parágrafo 8º do dispositivo legal mencionado.

Assim, reconhece-se a incidência do § 2º do artigo 85, fixando-se os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa (R$93.564,86, fls. 35) em favor do patrono da autora.

5. Isto posto, improvido o da ré, dá-se provimento ao recurso da autora para fixar os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa (R$93.564,86, fls. 35).

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1037986-62.2023.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CRISTIANO PACOLA DA CONCEIÇÃO, é apelado FCA FIAT CHRYSLER BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA.

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 33019)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente sem voto), CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA e CLAUDIA MENGE.

São Paulo, 29 de fevereiro de 2024.
MARY GRÜN, Relatora

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA. BEM MÓVEL. COMPRA E VENDA DE VEÍCULO. Autor que requer a condenação da ré ao pagamento de indenização material emergente, em razão de defeitos na fabricação de veículo. Sentença de improcedência. Apelo do autor. 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. Desnecessidade de produção da prova oral e documental postulada, que em nada influenciaria no convencimento de mérito da ação. Preliminar de cerceamento de defesa afastada. Mérito. Incidência da legislação consumerista ao caso concreto. Autor que realizou todas as revisões previstas na garantia contratual, além de revisões anuais posteriores no veículo, sem que houvesse indicação de mau uso do bem. Diagnóstico realizado por oficina particular, e reclamações semelhantes de consumidores que adquiriram o mesmo veículo, que indicam a existência de falhas na fabricação do bem. Ré que não se desincumbiu de seu ônus processual em demonstrar a regularidade na fabricação do produto, limitando-se a postular pelo julgamento antecipado do feito. Defeito de fabricação do veículo caracterizado. Nexo de causalidade direto entre o defeito de fabricação e os danos apontados pelo autor. Procedência da ação. Sentença alterada. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de "*AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS*" (*sic*) ajuizada por CRISTIANO PACOLA DA CONCEIÇÃO em face de FCA FIAT CHRYSLER AUTOMÓVEIS BRASIL LTDA.

A r. decisão de fls. 500 intimou as partes para especificarem as provas que

Acesso ao Sumário

pretendiam produzir, manifestando-se o autor pela produção de prova documental e oral (fls. 517/518) e a ré pelo julgamento antecipado da lide (fls. 519/520).

Dispensada a audiência de conciliação, a r. sentença de fls. 521/ 523 (disponibilizada no DJe de 24 /10 /2023 - fls. 526 /527) julgou antecipadamente a ação nos seguintes termos:

> "*Posto isso, JULGO IMPROCEDENTE o pedido e extinto o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, I do CPC.*
> *Por força da sucumbência, o autor arcará com as custas e despesas processuais, corrigidas a partir da citação, além de honorários advocatícios de 10% (dez) por cento sobre o valor atualizado da causa.*"

Inconformado, apela o autor (fls. 528/ 544).

Preliminarmente, alega a ocorrência de cerceamento de defesa, pois "*o feito não se encontrava maduro para julgamento, uma vez que não foi dada oportunidade ao APELANTE de ouvir sua testemunha indicada, que no caso seria o mecânico especialista em câmbio, que efetuou os reparos no carro do autor, bem como em outros veículos da mesma marca/ano, acometidos com o mesmo vício*".

No mérito, sustenta que "*restou demonstrado que o veículo do APELANTE possuía um defeito de fabricação, vindo a ser identificado após certo tempo de uso do produto, o que necessita ser reparado pela APELADA*".

Defende que "*inúmeros consumidores, proprietários do mesmo modelo já enfrentaram e continuam enfrentando idêntico problema - FALHA NO TROCADOR DE CALOR dos seus veículos da marca JEEP que resultam no defeito do câmbio, como se demonstrou nestes autos, através das matérias publicadas em sites especializados, inúmeras reclamações em site de reclamação, ações indenizatórias com o mesmo objeto, bem como notificação do Procon- SP à APELADA, considerando inúmeras falhas idênticas*".

Aponta que "*é incontroverso que o APELANTE realizou todas as revisões do veículo requeridas pela APELADA, (fls. 40/43) e, ainda assim, houve o surgimento do problema ora em comento, atinente a uma falha no trocador de calor, o qual tem a função de resfriamento do câmbio, item, portanto, essencial ao próprio funcionamento do automóvel*".

Afirma que "*não socorre à APELADA o fato de que o prazo de garantia já havia expirado, porquanto o fornecedor pode ser responsabilizado por vícios ocultos surgidos após o escoamento da garantia, de acordo com o art. 26 , § 3º do CDC, que prestigia a teoria da vida útil do produto*".

Diz que "*da análise do cenário antevisto, em que ausente qualquer indício de mau uso do automóvel pela parte recorrente, até mesmo diante das cinco revisões realizadas pela concessionária autorizada, bem como considerando o diagnósticos de mecânicos particulares, as diversas reclamações existentes junto ao site Reclame Aqui, as várias notícias veiculadas na mídia acerca de*

Acesso ao Sumário

tal falha no trocador de calor em veículos afins, da marca Jeep, diversas ações indenizatórias com o mesmo objeto, bem como a notificação encaminhada pelo PROCON-SP, de rigor reconhecer o direito do consumidor a reaver o valor despendido em oficina de sua confiança, já que trata- se de problema atinente à fabricação do veículo".

Argumenta que "*o APELANTE fez todas as revisões pela concessionária, não foi apontada nenhuma falha no câmbio, assim que constatou a avaria se dirigiu à concessionária, tendo sido informado que esse tipo de defeito era comum nesse veículo e que seu carro teria que f icar na concessionária por no mínimo 40 dias*".

Entende que "*cabe impugnar a informação de que o vício constatado no câmbio foi desgaste de uso, uma porque o carro tinha somente 05 (cinco) anos de uso, duas porque o próprio manual do veículo, às fls. 378 , indica que OS REPAROS QUANTO AO CÂMBIO DO CARRO NÃO SE FAZEM NECESSÁRIOS, PELO FATO DESTE ITEM CONTAR COM UMA VIDA ÚTIL PERPÉTUA, OU SEJA, ENQUANTO DURAR O AUTOMÓVEL*".

Requer o provimento do recurso, para anular a r. sentença por cerceamento de defesa, ou, no mérito, julgar procedente a demanda.

Tempestivo, o recurso foi regularmente processado, com as custas de preparo recolhidas às fls. 545 /546.

Contrarrazões pela ré às fls. 552/560.

É o relatório.

Trata-se de ação na qual o autor pretende a condenação da ré ao pagamento de indenização material no equivalente às despesas com o conserto da caixa de câmbio de seu veículo, em razão de suposto defeito na fabricação do bem.

Ab initio, não comporta acolhida a tese atinente à ocorrência de cerceamento de defesa suscitada pelo apelante.

Isso porque se mostra completamente desnecessária a produção de outras provas para o julgamento de mérito da ação. A causa encontra-se suficientemente instruída, dando condições para a formação do convencimento de mérito.

O julgador é o destinatário final das provas que servem à formação da sua convicção sobre a demanda. O art. 370 do Código de Processo Civil, nesse sentido, impõe ao Julgador o poder- dever de indeferir diligências que entenda inúteis ou meramente protelatórias.

No caso, os elementos constantes nos autos são suficientes para a resolução da lide, se mostrando desnecessária a produção da prova oral e documental postulada às fls. 517/518, que, em vista dos documentos acostados aos autos, em nada influenciaria no convencimento de mérito da ação.

Assim, não há o que se falar em reabertura da fase instrutória para a produção das provas postuladas, ficando afastada a preliminar de cerceamento de defesa arguida.

Acesso ao Sumário

Pelo que se tem dos autos, em 02 /01 /2017, o autor adquiriu o veículo JEEP - modelo 1.8 - AT 16V FLEX, ano/modelo 2016, realizando tanto as revisões anuais previstas na garantia quanto nos anos subsequentes.

Contudo, em 10/11/2021, notou um alerta no painel indicando o aquecimento do motor, remetendo o veículo à concessionária.

Aduz que a oficina credenciada lhe informou que o problema seria resultado de um defeito na fabricação no resfriador da caixa de transmissão, ocasionando na mistura da água do motor com o óleo do câmbio.

Diz que o orçamento para o conserto do veículo totalizaria R$19.107, 00, requerendo a condenação da ré ao pagamento da referida importância.

A r. sentença de fls. 521/523 julgou improcedente a ação, se insurgindo o autor.

Inicialmente, cabe pontuar que a relação entre as partes é evidentemente de consumo, com responsabilidade do fornecedor por eventuais vícios no fornecimento do produto e na prestação dos serviços (arts. 12 a 25 do Código de Defesa do Consumidor), bem como a inversão do ônus probatório em favor do consumidor (art. 6º, inc. VIII, do CDC).

Com efeito, é incontroverso que o autor realizou todas as revisões do veículo previstas na garantia contratual (fls. 40), além de revisões anuais subsequentes (fls. 41), e, ainda assim, houve o surgimento do problema em comento, atinente a uma falha nos componentes de resfriamento do câmbio.

Não obstante, tem-se por ausente qualquer indício de mau uso do automóvel pelo autor, mormente considerando as revisões anuais anteriormente realizadas, e, conjuntamente com o diagnóstico realizado por oficina particular (fls. 449) e as diversas reclamações dos consumidores que adquiriram o mesmo veículo (fls. 05/06), infere-se pela existência de vício decorrente da fabricação do produto.

Ressalta-se que a requerida não se desincumbiu de seu ônus processual em demonstrar a regularidade na fabricação e montagem dos componentes do sistema de refrigeração da caixa de transmissão, limitando-se a postular pelo julgamento antecipado do feito após ser regularmente intimada a especificar eventuais provas que pretendia produzir (fls. 519/520).

Acesso ao Sumário

Portanto, suficientemente demonstrada a falha na fabricação do veículo, e seu nexo de causalidade direto com os danos apontados (fls. 48, fls. 445 e fls. 446), deve a ré ser condenada ao pagamento de R$19.107, 00 ao autor, valor este que deve ser corrigido pela Tabela Prática deste Tribunal de Justiça desde os respectivos desembolsos, e com juros de mora a partir da citação.

A matéria versada na presente ação fica inteiramente prequestionada.

Esclarece-se, por fim, que a oposição de embargos declaratórios manifestamente protelatórios dará ensejo à aplicação da penalidade prevista no art. 1.026, §2º, do CPC/2015, porquanto a resistência ao resultado ora exposto deve

ser ventilada através de recurso próprio.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dá-se provimento** ao recurso, para, afastada a preliminar de cerceamento de defesa, julgar procedente a ação, para condenar a ré ao pagamento de R$19.107,00 ao autor, com correção monetária pela Tabela Prática deste Tribunal de Justiça desde os respectivos desembolsos, e com juros de mora a partir da citação.

Sucumbente, arcará a ré com as custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios em favor dos patronos do autor, estes fixados em 15 % sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §11 º, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1110411-65.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante O BOTO COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA. - EPP, são apelados VITRIO CONSULTORIA LTDA., B2W COMPANHIA DIGITAL (AMERICANAS.COM) e IDEAIS TECNOLOGIA LTDA.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.181)**

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

São Paulo, 22 de fevereiro de 2024.

WALTER FONSECA, Relator

Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS - ALEGAÇÃO DE FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE IMPLEMENTAÇÃO DE PROJETO PILOTO E MANUTENÇÃO DE SOFTWARE DE E-COMMERCE PARA A EMPRESA AUTORA - IMPROCEDÊNCIA - PRETENSÃO DE REFORMA - DESCABIMENTO - A prova pericial produzida no feito não concluiu pela falha dos serviços prestados pelas rés, e os e-mails trocados entre as partes não revelam o descumprimento obrigacional - Não foram produzidas provas de que o faturamento da autora tenha caído em razão da utilização do software de e-commerce, e nem de que as reclamações contidas na plataforma digital Reclame

Acesso ao Sumário

Aqui advenham do mesmo fato, e que tenha reduzido sua reputação no aludido sítio eletrônico - Improcedência mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos...

Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos material e moral, julgada improcedente, ao fundamento de que a autora não comprovou os fatos constitutivos de seu direito, notadamente a falha na prestação de serviço na implementação e manutenção de plataforma de comércio eletrônico (fls. 784/794).

Inconformada, a autora interpõe recurso de apelação, na qual insiste nas alegações de falha na operacionalidade do serviço contratado e no descumprimento do cronograma estabelecido entre as partes, além de que a prova pericial deve ser examinada com reservas, porque realizada de forma incompleta, na medida em que algumas das funcionalidades dependeriam de testes em tempo real na data dos fatos, devendo ser considerada também a prova documental colacionada nos autos, notadamente em relação aos e-mails trocados entre as partes, em que há confissão da falha dos serviços. Persegue, nos aludidos termos, a reforma da r. sentença.

Recurso tempestivo, isento de preparo, ante a gratuidade da justiça deferida à apelante, e respondido (fls. 812/827 e 835/843).

As partes se opuseram ao julgamento virtual (fls. 851/852, 859 e 861).

É o relatório.

A apelante ajuizou ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por perdas e danos, ao argumento de que celebrou junto às apeladas o "*contrato de prestação de serviços de licenciamento de solução tecnológica customizável e outras avenças, com a finalidade da concessão de licença sobre Solução e-commerce e respectiva prestação de serviços de manutenção técnica corretiva e evolutiva (sistema de WMS, Back Office e Plataforma de Vendas)*".

Aduziu que durante a implementação do sistema, ocorreram inúmeros erros e falhas, além de atrasos injustificáveis na solução dos problemas, que reduziu drasticamente o seu faturamento, além de que culminou em abalo de sua reputação na plataforma digital "Reclame Aqui".

Desse modo, viu-se na obrigação de rescindir o contrato, e mesmo depois disso, as apeladas mantiveram seu nome nas plataformas digitais daquela, como tomadora do serviço que não mais era prestado.

Pleiteou, assim, a obrigação de fazer consistente na retirada de seu nome dos sítios eletrônicos das rés, bem como indenização por dano material referente à redução do faturamento ocorrido, e por dano moral advindo da diminuição de seu renome junto ao mercado.

Acesso ao Sumário

A MM. juíza julgou a demanda improcedente, aos bem lançados fundamentos a seguir transcritos, e que passa a integrar o presente julgamento:

"*Segundo consta dos autos, a autora firmou com a requerida IDEAIS TECNOLOGIA LTDA, Contrato de Prestação de Serviços de Licenciamento de Solução Tecnológica Customizável e Outras Avenças, com prazo de vigência de 36 meses, com renovação automática (fls.58/81).*

Constitui objeto deste contrato a licença de uso não exclusiva, pessoal e ilimitada sobre a Solução de e-commerce denominada "B-SELLER", bem como prestação de serviço de manutenção técnica corretiva e evolutiva do aludido software.

Conforme explicação trazida pelo Perito Judicial a fls.580, "O BSeller é uma solução composta de dois ecossistemas, o que é chamado internamente de BSeller Front e BSeller Back. O BSeller front funciona com um conjunto de sistemas que possibilitam realizar a venda com consistência e performance. Utiliza-se de diversas tecnologias para armazenamento de informações e infraestrutura na nuvem de modo a favorecer um crescimento e escala para o produto. O BSeller back possui a responsabilidade de tratar a operação fiscal e logística no processo, um foco na consistência e precisão da informação, integração com diversas outras aplicações".

A fim de possibilitar a implementação do produto, a requerida IDEIAS indicou à autora a contratação da empresa VITRIO, razão pela qual veio com ela firmar, em 20/04/2014, Contrato de Prestação de Serviços (fls.82/88).

Note que, neste ponto, não se vislumbra a imposição por parte da requerida IDEAIS na contratação da requerida VITRIO por parte da autora, a ponto de ensejar sua responsabilidade por eventual danos causado por esta última ou ainda, o reconhecimento de contratos coligados, eis que a contratação de seu de forma espontânea e autônoma, visando a implementação completa do software adquirido.

Assim, eventual inadimplência será analisada nos limites das obrigações contraídas por cada uma das requeridas e de forma independente.

Segundo a autora, desde o início da relação comercial enfrentou diversos problemas de operacionalidade, com inúmeras falhas e erros para implementação do sistema, o que lhe causou diversos danos de ordem material e moral.

Assim, considerando o ônus da prova que lhe fora atribuído em sede recursal, nos termos do artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, foi deferido a produção de prova pericial técnica.

Após as considerações e definições técnicas sobre o sistema adqui-

Acesso ao Sumário

rido das requeridas, iniciou o N. Perito Judicial a análise do sistema desenvolvido à época conforme controle de versionamento, o qual registra as mudanças feitas em um arquivo ou um conjunto de arquivos ao longo do tempo, possibilitando saber quando e como foram feitas alterações no código e desenvolvimento do sistema (fls.581/584).

A seguir, foram realizados testes dentro da plataforma, na parte de usabilidade, aonde o usuário final faz as compras de produtos, sendo iniciado um teste diretamente no site do autor no sistema web da época dos fatos simulando uma compra (fls.585).

Escolhido o produto, iniciado o processo de compra, foi solicitado os dados de frete, confirmação da compra, resumo do pedido, tipo de envio e, depois de escolhido a forma de pagamento, gerado o respectivo boleto (fls.585/588) de forma satisfatória, sendo possível verificar ainda que, na parte de administração do sistema, a venda já havia sido gerada.

Também foram realizados testes bem-sucedidos dentro da página com usuário e senha, descrição dos produtos, descrição da compra, dados cadastrais, avaliação e comentários do produto, busca de pedidos (fls.589/605).

Foram realizados testes ainda dos módulos "BSELLER FRONT" (conjunto de sistemas que possibilitam a realização da venda) e "BSELLER BACK" (operação fiscal e logística no processo da venda) - fls.593/610.

Assim, veio o Expert concluir pela inexistência de falhas nas funcionalidades testadas nos itens 6.0 e 7.0 (BSeller Front e BSeller Back), salientando não ser possível a realização de teste de função que necessitam de ferramentas externas ou volume de usuários simultâneos como diversas compras realizadas dentro do sistema ou usuário on-line administrando o sistema (fls.638).

Ao responder ao quesito formulado pelo autor a fls.631, esclareceu ainda que: "O sistema estava totalmente conectado com a base de dados de produtos, vendas, produtos, etc., mas não é possível com exatidão refletir a mesma situação das funcionalidades da época".

De fato, a impossibilidade de refletir com exatidão a mesma situação retratada na época, se deu ao fato de algumas operacionalidades não estarem disponíveis em razão da rescisão contratual, tal como destacado pelo perito a fls.638/639, fator este que deve ser atribuído exclusivamente autora, que deixou de se utilizar dos meios processuais à época para demonstração do direito alegado.

Não obstante, tem-se que o N. Perito atestou, por meio dos testes realizados, que o sistema se mostrou completo, sendo possível visualizar outros clientes que se utilizaram da plataforma (fls.628).

Acesso ao Sumário

No que tange aos serviços prestados pela requerida VITRIO, também foi analisado o layout das páginas da Web dentro do desenvolvimento dos sistemas Front-end/Back-end, não sendo encontrada nenhuma inconsistência nas páginas analisadas (fls.611/613). Pelo contrário, denota-se grande semelhança estética com a página atualmente apresentada pela autora, inexistindo ademais, fator de influência de vendas através do layout, tal como mencionado pelo perito.

Concluiu ainda o Perito Judicial que, pelas provas carreadas aos autos, não foi possível atribuir as responsabilidades dos atrasos e de não cumprimentos dos prazos (fls.639 e 670): "É impossível atestar tecnicamente utilizando metodologias científicas, (que é a base de trabalho de um Perito Forense), baseado somente em troca de e- mails e documentos anexados, atribuir responsabilidades por atrasos e falta de cumprimentos de prazos, pois muito dessas questões são de cunho jurídico e não técnico".

E, nesta seara, é possível verificar que os contratos celebrados entre as partes, em momento algum há menção quanto à prazo certo e determinado para a implementação dos serviços contratados, mas tão somente a existência de cronograma em que atribuía deveres a ambas as partes e, inclusive, a terceiros, para que o mesmo pudesse ser fielmente cumprido, razão pela qual veio a ser alterado inúmeras vezes (fls.107/109).

Ou seja, para que o sistema fosse implementado integralmente e dentro da expectativas previstas, seria necessário a união de esforços de todos os envolvidos, como capacitação por meio de treinamento por parte das requeridas, mas também a indicação de equipe apta a recebê-lo por parte da autora, bem como o fornecimento de informações relevantes por ela.

Ademais, consta ainda do contrato firmado entre a autora e a ré IDEIA, notadamente em sua cláusula 2.2 que para a autora receber pagamentos em sua loja virtual on-line, haveria a necessidade de contratar os serviços de Gateway, Adquirente e/ou Subadquirente, seja junto às empresas parceiras indicadas pela ré IDEAIS, ou outra de sua escolha, desde que compatíveis com a solução, o que evidencia a dependência de terceiro para o sucesso integral do sistema.

Neste contexto, verifico que a autora não logrou demonstrar as supostas falhas dos sistemas e má prestação dos serviços, eis que a perícia técnica, dentro das provas que lhe foram disponibilizadas, atestou o adequado funcionamento do site com a efetiva implementação das funcionalidades contratadas.

Assim, em que pesem todas as teses debatidas pelas partes, tem-se,

Acesso ao Sumário

em verdade, a autora não logrou demonstrar o fato constitutivo de seu direito, ou seja, o não funcionamento ou o funcionamento defeituoso do sistema BSeller."

Pois bem, a apelante, em sua insurgência, apega-se ao fato de que a perícia não pôde concluir pela eficiência do serviço prestado relativamente a algumas funcionalidades, que dependeriam de análise em tempo real à época dos fatos, razão pela qual a conclusão técnica deveria ser sopesada com reservas, de modo que os e-mails trocados entre as partes e colacionados às fls. 103/224, poderiam suprir a lacuna do laudo quanto ao defeito do produto.

Contudo, o exame dos aludidos documentos revela tratarem-se, em uma parte, do processo natural de implementação do sistema, inclusive em relação ao aperfeiçoamento nas necessidades da recorrente em seu campo de atuação no mercado; e de outro lado, algumas reclamações desta sobre inoperâncias ou falhas que exigiam intervenção das recorridas.

Mas o contrato também incluía o serviço de suporte corretivo, visando sanear erros e defeitos que o produto pudesse apresentar, e não há indicação pontual de que qualquer das solicitações para essa finalidade tenha deixado de ser atendida.

Não se olvide, ainda, que as mensagens trocadas entre as partes revelam, em diversas passagens, que o serviço contratado se tratava de um "projeto piloto", assim considerado um esforço conjunto das partes empreendido para testar a viabilidade de uma solução de sistema.

Portanto, era de conhecimento da apelante que, tratando-se de projeto piloto, seria natural que o início do funcionamento do software negociado houvesse maiores quantidades de erros que seriam corrigidos ao longo da relação contratual estabelecida.

Tratando-se de contrato empresário não submetido aos princípios das relações consumeristas, mas do direito civil comum, não há ilegalidade em que as partes assumam uma relação sujeita a imperfeições, notadamente quando o próprio contrato prevê esses fatos e oferece o suporte necessário para seu reparo.

Portanto, não poderia a apelante imputar responsabilidade exclusiva das apeladas, por fato previsível no serviço prestado.

Por outro lado, os danos alegados na petição inicial sequer foram demonstrados.

Quanto aos danos emergentes, a apelante não requereu qualquer devolução, ainda que proporcional, dos valores pagos por força do contrato, a concluir que, nesse ponto, as partes encerraram sua relação de comum acordo.

Os danos materiais postulados seriam, na verdade, lucros cessantes, resultantes da queda de faturamento causada pelo sistema falho de comércio eletrônico.

Mas para essa finalidade, a só juntada do balanço patrimonial da recor-

Acesso ao Sumário

rente nos autos não permite concluir pela queda de vendas, haja vista que a contabilidade geral da empresa considera diversas variáveis que podem alterar o resultado do exercício, gerando prejuízo operacional, mas sem que isso implique em reduzir a situação financeira do ente empresário, que muitas vezes busca resultados a médio ou longo prazo.

Por isso, para aferição da ocorrência de eventual lucro cessante, impunha-se a realização de prova técnica de contabilidade que fizesse a conferência não só dos balanços patrimoniais da apelante antes e depois dos fatos, mas todo o acervo fiscal desse período, e que permitisse concluir que houve queda de faturamento resultante exclusivamente de eventual falha do serviço prestado pelas apeladas.

Como essa prova não foi produzida pela apelante, ônus que lhe competia, não ficou demonstrado satisfatoriamente a ocorrência de dano material.

Por sua vez, também não há falar em dano moral.

O documento de fls. 378, indica que a apelante se reveste da melhor avaliação existente na plataforma do Reclame Aqui, com percentual admissível de reclamações negativas, que não subtraíram seu bom desempenho no mercado, e o documento de fls. 422/425, indicam que ao menos uma das reclamações teria motivo alheio ao software de comércio eletrônico implementado pelas apeladas.

Os autos carecem de subsídios sobre o motivo das avaliações negativas no Reclame Aqui, que poderiam responsabilizar as apeladas por eventual lesão que possa ter advindo afligido a reputação da apelante, que também não ficou bem evidenciada.

É o quanto basta para que a r. sentença permaneça intangível.

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

Consoante determina o § 11, do artigo 85 do NCPC: "*O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação dos honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento*".

Sendo assim, fixados em primeira instância os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa, de rigor a majoração da verba sucumbencial para 12% sobre a mesma base, nos termos da legislação processual vigente, considerando maior tempo e trabalho gastos para a solução da demanda, observada a suspensão de exigibilidade por força do contido no art. 98, §3º da Lei Processual.

Pelo exposto, **nega-se provimento ao recurso, com majoração da verba honorária recursal.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1016791-20.2016.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante/apelada SORAIA MACHADO HOMEM (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante JAMES FERNANDO VIDAL.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Denis Paulo Rocha Ferraz, OAB/SP 162.995.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39093)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON LUIZ DE QUEIROZ (Presidente), CÉSAR PEIXOTO e DANIELA CILENTO MORSELLO.

São Paulo, 27 de fevereiro de 2024.

EDSON LUIZ DE QUEIROZ, Relator

Ementa: Apelações cíveis. Coisa comum. Arbitramento de aluguel (indenização por ocupação exclusiva de bem comum). Sentença de procedência parcial.
Ocupação exclusiva da integralidade de bem imóvel por um dos condôminos. Obrigatoriedade de indenização ao outro. Interpretação dos artigos 1315, 1319 e 1326 do Código Civil.
Impugnação ao valor dos locativos obtido pelo Perito Judicial. Laudo produzido obedeceu a métodos científicos e regulamentos setoriais, sendo lavrado por profissional da confiança do Juízo que merece credibilidade. Valor arbitrado em sentença atinente aos alugueis definitivos devem retroagir até a data da citação, em substituição aos alugueis fixados de forma provisória.
Despesas condominiais e IPTU. Posse exclusiva do bem comum. Responsabilidade do réu, desde o início da sua ocupação exclusiva, no pagamento dos encargos relacionados ao imóvel.
Seguro residencial e despesas com manutenção do imóvel. Admitida a imputação à autora do pagamento correspondente à sua cota parte. Interpretação do artigo 1315 do Código Civil.
Honorários advocatícios de sucumbência. Majoração.

Acesso ao Sumário

Descabimento. Valor arbitrado atende aos critérios do artigo 85, §2º do CPC.
Alteração mínima da r. sentença não modifica a distribuição dos ônus da sucumbência que deve ser arcado integralmente pelo réu.
Resultado. Recursos de apelação interpostos pela autora e pelo réu providos parcialmente.

VOTO

Vistos.

Adotado o relatório da decisão de primeiro grau, acrescente-se tratar de ação de arbitramento de aluguel (indenização por ocupação exclusiva), movida sob alegação da autora de que o réu ocupa com exclusividade imóvel comum que lhe coube a fração de 37,5%.

Os pedidos foram julgados parcialmente procedentes para condenar o réu a pagar à autora a quantia de R$1.200,00 ao mês de aluguel, a contar da citação até julho de 2021, a partir de agosto de 2021 o valor passará a ser de R$2.500,00 ao mês, o qual deverá ser reajustado anualmente pelo IGPM e perdurar até quando o demandado ocupe o imóvel com exclusividade.

Foi determinado que as parcelas em atraso deverão ser corrigidas monetariamente pela tabela prática do TJSP, desde cada vencimento e, acrescidas de juros de mora de 1% ao mês. A ambas as partes foi imposto o pagamento das despesas de condomínio e IPTU em 50% para cada até a citação, após, somente o réu deverá arcar com as despesas do condomínio e o IPTU deverá ser dividido na proporção da fração ideal de cada parte.

As despesas com manutenção que sejam decorrentes do desgaste natural do imóvel foram impostas as partes, na medida de sua fração e as despesas extraordinárias (água, energia elétrica, internet, TV a cabo, etc), bem como as decorrentes do uso, devem ser custeadas pelo réu enquanto ocupar o imóvel com exclusividade, ficando facultada eventual compensação.

O réu foi condenado no pagamento dos ônus da sucumbência, arbitrados os honorários advocatícios em 10% do valor da condenação.

A autora apresentou recurso de apelação, visando que os alugueis fixados pela r. sentença retroajam até a data da citação, em substituição aos alugueis fixados de forma provisória. Alternativamente, busca retroagir o valor fixado na sentença, com imposição da correção monetária inversa até a data da citação.

Requer, ainda, a reforma da r. sentença para que o pagamento do IPTU, seja de responsabilidade do réu, enquanto ocupar o imóvel, bem como as despesas com relação a manutenção de uso do imóvel (pintura, reparos de torneiras, trincos e maçanetas etc.), seja de inteira responsabilidade do réu e somente as reformas estruturais, aquelas oriundas da ação do tempo, como por exemplo,

Acesso ao Sumário

problemas no telhado, alicerce entre outros dessa natureza é que deverão ser de responsabilidade solidaria na proporção das frações. Por fim, busca que os honorários advocatícios fixados sejam majorados para 20% do valor da condenação.

O réu também interpôs recurso de apelação, arguindo que o arbitramento do valor do aluguel em R$2.500,00 não leva em consideração as péssimas condições do imóvel. Sustenta que o método utilizado pelo laudo pericial, ao utilizar imóveis paradigmas para fixação do valor, apresenta comprovadas inconsistências, pois os imóveis utilizados são, e muito, de padrão superior ao das partes.

Requer que seja o valor locativo mensal arbitrado em R$4.200,00 (integral), sendo a parte da autora correspondente a R$1.575,00 (37,5% do imóvel comum). Busca reforma da r. sentença para condenar a autora no pagamento das taxas condominiais, IPTU e seguro residencial do imóvel, assim como nos ônus da sucumbência.

Os recursos foram devidamente processados, apresentadas contrarrazões apenas pela autora. Houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório do essencial.

COISA COMUM. INDENIZAÇÃO PELA OCUPAÇÃO EXCLUSIVA (ARBITRAMENTO DE ALUGUÉIS)

Tornou-se incontroverso que as partes são coproprietárias de imóvel e a parte da autora corresponde a 37,5% do bem comum.

Desse modo, a ocupação exclusiva da integralidade de bem imóvel por um dos condôminos resulta na obrigatoriedade de indenização ao outro.

A indenização pela ocupação exclusiva do imóvel deve ser arbitrada e dividida.

Nesse sentido é o disposto nos artigos 1315, 1319 e 1326 do Código Civil, a seguir transcritos:

> *Art. 1.315. O condômino é obrigado, na proporção de sua parte, a concorrer para as despesas de conservação ou divisão da coisa, e a suportar os ônus a que estiver sujeita.*
> *Parágrafo único. Presumem-se iguais as partes ideais dos condôminos.*
> *Art. 1.319. Cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa e pelo dano que lhe causou.*
> *Art. 1.326. Os frutos da coisa comum, não havendo em contrário estipulação ou disposição de última vontade, serão partilhados na proporção dos quinhões.*

Nessas condições, evidente a obrigação do réu em pagar à autora os frutos que ela não recebeu em razão do uso exclusivo do bem comum.

A impugnação ao valor dos locativos obtido pelo Perito Judicial não encontra respaldo, vez que o laudo produzido obedeceu a métodos científicos e regulamentos setoriais, sendo lavrado por profissional da confiança do Juízo que

merece credibilidade. A impugnação do réu não veio acompanhada de qualquer argumento contundente, o que, por si só, não infirma as conclusões periciais, devendo ser mantido o valor arbitrado pela r. sentença.

Por outro lado, assiste razão à autora quando pretende que os alugueis fixados pela r. sentença retroajam até a data da citação, em substituição aos alugueis fixados de forma provisória.

Isso porque, apesar dos alugueis provisórios prevalecerem durante o trâmite processual foram substituídos pelos arbitrados pela r. sentença, retroagindo à data da citação.

Desse modo, ainda que, de início, tenham sido arbitrados alugueis provisórios no valor de R$1.200,00 ao mês (fls. 104), retroagem desde a citação, os locativos de R$2.500,00, apurados pelo laudo pericial.

Neste sentido:

COISA COMUM. Ação de arbitramento de aluguel e extinção de condomínio. Cumprimento de sentença. Deferimento da adjudicação da fração ideal do imóvel em favor do credor, com a ordem de pagamento, pela ré, do saldo remanescente. Irresignação. Afastamento. Cálculo apresentado pelo credor que, prima facie, está em consonância com o estabelecido na sentença transitada em julgado. **Alugueis provisórios que foram substituídos pelos definitivos, retroagindo à citação.** Fase de execução, ademais, iniciada por iniciativa de ambas as partes, o que afasta a necessidade de prévia liquidação. Adjudicação do bem em favor do condômino autorizada pelo artigo 1.322, CC. Recurso desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2027339-12.2014.8.26.0000; Relator (a): Galdino Toledo Júnior; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/10/2014; Data de Registro: 14/10/2014, g.n.).

Imóvel. Coisa comum. Alienação e arbitramento de aluguel. Utilização exclusiva um dos condôminos. **Verba devida e a ser estimada em perícia, na fase de liquidação, apenas provisoriamente mantido o valor inicial, liminarmente arbitrado, e com a ressalva de que o valor final incide desde a citação**. De outro lado, condomínio reconhecido em ação de divórcio e partilha transitada em julgado. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 4007543-50.2013.8.26.0577; Relator (a): Claudio Godoy; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/07/2017; Data de Registro: 04/07/2017, g.n.).

DESPESAS CONDOMINIAIS E IPTU

A posse exclusiva do bem comum também enseja a responsabilidade do réu, desde o início da sua ocupação exclusiva, no pagamento dos encargos relacionados ao imóvel. No caso, o IPTU e as despesas de condomínio.

Vale realçar:

APELAÇÃO - (....) - MÉRITO - Ação de extinção de condomínio c.c. arbitramento de aluguéis por uso exclusivo do bem - Bem de propriedade

comum. Uso exclusivo do imóvel pela requerida - Financiamento que não elide a possibilidade de extinção - Condenação da ré, que utiliza exclusivamente o imóvel litigioso, ao pagamento de aluguéis mensais. Manutenção. Pertinência, sob pena de enriquecimento indevido. (...) - IPTU. Despesa que cabe à apelante no período em que teve posse exclusiva do imóvel - Apelo desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1000179-19.2022.8.26.0042; Relator (a): Gilberto Cruz; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Altinópolis - Vara Única; Data do Julgamento: 03/11/2022; Data de Registro: 03/11/2022).

ARBITRAMENTO DE ALUGUEL - CONDOMÍNIO - O USO EXCLUSIVO DA COISA COMUM POR UM DOS CONDÔMINOS ENSEJA O PAGAMENTO DE LOCATIVO ÀQUELE IMPEDIDO DA FRUIÇÃO - OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DAQUELE QUE VEDA O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA (ART. 884, DO CC) -LEGITIMIDADE - DIREITO POTESTATIVO DAQUELE QUE É PROPRIETÁRIO DE IMÓVEL COMUM E DELE NÃO PODE USUFRUIR EM RAZÃO DA POSSE EXCLUSIVA PELO OUTRO CONDÔMINO - REEMBOLSO DE METADE DOS VALORES DESPENDIDOS COM O PAGAMENTO DE IPTU - IMPOSSIBILIDADE - OBRIGAÇÃO QUE REMANESCE COM AQUELE QUE OCUPA A COISA COM EXCLUSIVIDADE - PRECEDENTES DO COLEGIADO - (...) - SENTENÇA MANTIDA - APELO DESPROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1002513-11.2019.8.26.0372; Relator (a): Hertha Helena de Oliveira; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Monte Mor - 2ª Vara; Data do Julgamento: 31/03/2021; Data de Registro: 31/03/2021).

SEGURO RESIDENCIAL E DESPESAS COM MANUTENÇÃO DO IMÓVEL

Havendo comprovação documental de despesas com seguro e manutenção do imóvel comum, admite-se também a imputação à autora ao correspondente a sua cota parte, por força do disposto no artigo 1315 do Código Civil:

"*O condômino é obrigado, na proporção de sua parte, a concorrer para as despesas de conservação ou divisão da coisa, e a suportar os ônus a que estiver sujeita.*".

Assim, fica mantida a r. sentença na parte que determinou que a autora deve arcar na proporção da sua cota parte com as despesas de manutenção do imóvel comum, sendo determinada, ainda sua responsabilidade proporcional em relação ao seguro residencial, conforme pleiteado em contestação e reiterado em grau recursal pelo réu.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Os honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da condenação devem ser mantidos, tendo em vista que o valor atende aos critérios do artigo 85, §2º do CPC, não havendo que se falar em majoração.

SUCUMBÊNCIA

Acesso ao Sumário

A alteração mínima da r. sentença não modifica a distribuição do ônus da sucumbência que deve ser arcado integralmente pelo réu.

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

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

E. Tribunal de Justiça, entendendo-se o silêncio como concordância.

Pelo exposto, DÁ-SE PARCIAL provimento aos recursos de apelação interpostos pela autora e pelo réu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003919-60.2023.8.26.0038, da Comarca de Araras, em que é apelante ELEKTRO REDES S/A, é apelado LIBERTY SEGUROS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. com declaração de voto convergente do 3º Juiz Des. Monte Serrat", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 41149)**

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

São Paulo, 1º de março de 2024.

MARIA LÚCIA PIZZOTTI, Relatora

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO REGRESSIVA - RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CONFIGURADA - NECESSIDADE DE PERÍCIA TÉCNICA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO NEXO CAUSAL ENTRE O DANO E A CONDUTA DA FORNECEDORA - PROVA DE PAGAMENTO INEFICAZ

I - Não há relação de consumo entre a seguradora e

Acesso ao Sumário

a concessionária a impor o ônus probante a esta última, pois o consumidor individual o é perante as duas empresas, mas as duas não o são em face mútua, mostrando-se inviável qualquer inversão nesse sentido, por se tratara de ação regressiva de natureza contratual decorrente de sub-rogação;
II - Ausência de prova acerca da propriedade dos bens e do efetivo pagamento, prova documental essa que deveria ter acompanhado a petição inicial;
III - Documentos colacionados aos autos (laudos técnicos) que não se mostram suficientes para comprovar o quanto alegado, na medida em que estes não demonstram com o grau de certeza necessária a razão da conclusão alcançada, ou seja, a partir da análise de qual elemento que se verificou, que a avaria no bem foi causada por picos ou descargas de energia, com relação aos bens de seu segurado;
V - Seguradora que não fez a adequada prova do nexo causal, que em verdade, não se faz com a pretendida prova negativa a querer seja imposta à empresa de energia, com a apresentação de relatórios em que se confirmaria eventual queda de energia, mas sim, com a necessária prova do nexo causal entre fato e suposta consequência, qual seja, entre a queda de energia e a queima dos equipamentos eletrônicos;
VI - É preciso que a seguradora, resguarde os salvados, para que, mesmo que administrativamente, a empresa de energia elétrica possa pericia-los, ou ainda em Juízo, para que se prove o efeito, ou seja, a alegada consequência de que de fato estão danificados e que a causa teria sido a queda de energia.
RECURSO PROVIDO

VOTO

Trata-se de **recurso de apelação** interposto contra a r. sentença de fls. 201/207, cujo relatório se adota, que julgou **procedente** o pedido inicial, condenando a concessionária ré a pagar à seguradora demandante a quantia de R$ 6.671,45, corrigida monetariamente pelos índices da tabela prática deste e. Tribunal, mais juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação. Sucumbente, condenou a ré ao pagamento das custas, das despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% do valor da condenação.

Acesso ao Sumário

Entendeu, o d. Magistrado *a quo*, por afastar a alegada inépcia da inicial, uma vez que apresenta de forma clara os fatos narrados e os pedidos formulados. Disse que não procede a alegação de falta de interesse de agir, uma vez que seguradora demandante, na qualidade de sub-rogado nos direitos dos seus quatro segurados, possui legitimidade para buscar o ressarcimento dos prejuízos decorrentes dos eventos relatados. No mérito, destacou que a robusta prova documental demonstra que, em virtude de descarga elétrica na rede fornecida pela concessionária demandada, resultou o prejuízo descrito na inicial. Asseverou que os serviços de fornecimento de energia elétrica configuram-se como relação de consumo, sendo pertinente, portanto, a inversão do ônus da prova em razão da hipossuficiência técnica do consumidor. Considerou os argumentos das partes e as provas produzidas nos autos, concluindo, que, de fato, a responsabilidade por tais danos é da requerida, que deve, consequentemente, indenizar a autora, nos termos estipulados no artigo 37, § 6º, da CF.

Apela a concessionária demandada.

Discorre sobre a competência constitucional das Agências Reguladoras. Argumenta que não houve o cumprimento do que prevê a Norma Reguladora da ANEEL - Resolução 414/2010. Sustenta que os alguns consumidores e seguradoras deixam de cumprir o procedimento administrativo. Isto porque, optam os consumidores por acionar suas seguradoras antes de buscar receber da Distribuidora a indenização prevista (artigo 203 e seguintes e Resolução acima supracitada). Por sua vez, alega que as seguradoras não exigem de seus segurados a apresentação do indispensável processo administrativo de ressarcimento. Relata a ausência de nexo de causalidade. Argumenta que não restou demonstrado que o dano reclamado foi provocado por conduta comissiva ou omissiva da requerida. Pugnando, assim, pela reforma da r. sentença.

Processado regularmente o apelo, foram apresentadas contrarrazões, tendo os autos sido remetidos a este e. Tribunal.

É a síntese do necessário.

DA INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO

Respeitado entendimento diverso, não há relação de consumo entre a seguradora e a concessionária a impor o ônus probante a esta última, pois o consumidor individual o é perante as duas empresas, mas as duas não o são em face mútua, mostrando-se inviável qualquer inversão nesse sentido, por se tratar de ação regressiva de natureza contratual decorrente de sub-rogação.

DA COMPROVAÇÃO DA TITULARIDADE DOS BENS

Além disso, conforme se infere do conjunto apresentado posto no presente, a seguradora não se desincumbiu do ônus de comprovar que os bens apontados como avariados pertenciam, de fato, aos seus segurados, prova essa que poderia ser feita com a juntada das notas fiscais de aquisição dos bens por estes, causando espécie o fato de não ter sido feita tal exigência aos seus segurados,

Acesso ao Sumário

principalmente quando normalmente o fazem em relação a outras lides de natureza securitária, quando são tão detalhistas.

PERÍCIA TÉCNICA

Imperiosa **era a preservação dos aparelhos danificados** por parte da seguradora, recorrida **para possibilitar a prova pericial, com a aferição efetiva dos danos objeto da cobertura.** Contudo, os bens não foram preservados.

Apresentou laudos técnicos, no qual indicou "danos elétricos (oscilação de energia) em componentes eletrônicos da placa e alteração em resistência de estator", relativa à segurada Renata (fls. 35/36); "danificado por alto potencial de descarga elétrica", referente ao segurado Antônio Carlos Bigarato & Cia (fls. 55); "por motivos de danos elétricos, houve queima total da máquina do portão", segurada Daniela (fls. 65) e "necessita trocar o compressor (...) "descarga atmosférica" (fls. 79), relativo ao segurado Luiz. Documentos insuficientes para constatar falha na prestação de serviço fornecido pela ré.

Portanto, não tendo a Seguradora apelada produzido prova convincente quanto ao fato constitutivo do direito por ela reclamado, conforme o ônus da prova previsto no artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, com a demonstração do nexo de causalidade e, **ante a impossibilidade de produção de prova pericial pela não preservação dos bens danificados**, é o caso de se julgar improcedente o pedido inicial.

Neste sentido:

AÇÃO DE REGRESSO POR SUB-ROGAÇÃO. Prestação de serviços. Energia elétrica. **Danificação de equipamentos elétricos**. Cobertura do sinistro pela Seguradora. SENTENÇA de improcedência. APELAÇÃO da Seguradora autora, que insiste no acolhimento do pedido inicial. EXAME: **Ausência de prova convincente quanto ao fato danoso, consistente na oscilação de energia elétrica, e quanto aos danos elétricos e ao nexo de causalidade entre o fato danoso e tais danos, para justificar o pedido de regresso.** Inteligência do artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil. Desfecho de improcedência que era mesmo de rigor. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO". (TJSP; Apelação Cível 1054899-84.2017.8.26.0114; Relator: Daise Fajardo Nogueira Jacot; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional de Vila Mimosa - 5ª Vara; Data do Julgamento: 19/05/2020) (Grifos meus).

E ainda:

Ação regressiva de Seguradora sub-rogada, contra Concessionária de eletricidade. Alegados danos em equipamentos eletroeletrônicos do segurado, que teriam sido indenizados. R. sentença de procedência, com recurso apenas da Concessionária ré. Em princípio seria de se cogitar em responsabilidade objetiva da demandada. **Porém, somente há pedido desta no sentido de que os aparelhos danificados fossem periciados,**

Acesso ao Sumário

o que é sintomático, já que deveria a Seguradora, maior interessada na prova técnica oficial, tê-la requerido, e não o fez. Assim, não sendo suficientes os documentos carreados pela interessada para indicar seu direito, de rigor a reforma do decisum monocrático. Questão antiga, reiterada e ainda polêmica. Dá-se provimento ao recurso da Concessionária ré. (TJSP; Apelação Cível 1009379-22.2019.8.26.0344; Relator: Campos Petroni; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de Marília - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/05/2020). (Grifos meus).

DA PROVA DE PAGAMENTO

Na forma do art. 786 do Código Civil, uma vez paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano. Para ajuizamento da ação de regresso, portanto, o documento básico que se exige é a comprovação de pagamento da quantia em favor do segurado. E referida prova não foi realizada de forma satisfatória no caso destes autos.

Isto porque, a seguradora se restringiu a juntar cópia do comprovante de pagamento, sendo **inviável afirmar que o pagamento efetivamente se refira aos contratos de seguro em questão** e que tenha dado causa à sub-rogação ora noticiada, que não se faz comprovada, portanto. E não havendo tal prova, os requisitos básicos para ajuizamento de ação regressiva não foram preenchidos, mostrando-se inviável o acolhimento do pedido inicial. Nesse sentido este E. Tribunal em caso semelhante:

"PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA - AÇÃO REGRESSIVA AJUIZADA PELA SEGURADORA - QUITAÇÃO DA INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA NÃO COMPROVADA - AUSÊNCIA DE PROVA DA SUBROGAÇÃO - REQUISITO ESSENCIAL - RECURSO IMPROVIDO, COM ALTERAÇÃO DO DISPOSITIVO SENTENCIAL, REJEITADA A PRELIMINAR. A comprovação do pagamento da indenização securitária é imprescindível à ação regressiva de reparação de danos ajuizada pela seguradora". (TJSP; Apelação Cível 1018089-13.2017.8.26.0114; Relator: Renato Sartorelli; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/11/2018; Data de Registro: 05/11/2018)

Ora, a demonstração do pagamento da indenização por parte da seguradora ao segurado constitui elemento essencial da ação regressiva fundada em contrato de seguro. Para a sub-rogação no direito do segurado, a seguradora autora deveria ter comprovado o efetivo pagamento da indenização securitária que é requisito indispensável para a propositura da ação regressiva fundada em contrato de seguro. Trata-se de prova preexistente que não foi apresentada pela seguradora (arts. 320 e 434 do CPC).

Acesso ao Sumário

Cabia à seguradora autora a prova do fato constitutivo de seu direito, de acordo com o disposto no art. 373, I do Código de Processo Civil, contudo, não obteve êxito. Não se pode falar em sub-rogação no direito do segurado para a seguradora autora sem o comprovante válido do efetivo pagamento da indenização securitária. E pagamento válido não se faz mediante emissão de correspondência com conteúdo preenchido de forma unilateral, tampouco com comprovante de depósito ou **transferência bancária (documentos de fls. 41; 56; 70 e 95)** sem menção expressa ao contrato ou à apólice a que se refere.

DA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO NEXO CAUSAL ENTRE O DANO E CONDUTA DA FORNECEDORA

Os documentos colacionados aos autos às fls. 42e fls. 81 (laudos técnicos) não se mostram suficientes para comprovar o quanto alegado, na medida em que estes não demonstram com o grau de certeza necessária a razão da conclusão alcançada, ou seja, a partir da análise de qual elemento que se verificou, que a avaria no bem foi causada por picos ou descargas de energia, com relação aos bens de seu segurado.

Além disso, como ressaltado anteriormente, não houve possibilidade de realização de perícia nos salvados, razão pela qual deve ser reputado como ausente prova do nexo causal.

Derradeiramente, **ressalto que a seguradora não fez a adequada prova do nexo causal, que em verdade, não se faz com a pretendida prova negativa a querer seja imposta à empresa de energia**, com a apresentação de relatórios em que se confirmaria eventual queda de energia, **mas sim, com a necessária prova do nexo causal entre fato e suposta consequência, qual seja, entre a queda de energia e a queima dos equipamentos eletrônicos.**

Isto porque, ainda que tenha sido apresentado documento que esta Relatora reconhece como imprestável para tal fim, pois unilateralmente produzido e pouco detalhado quanto aos alegados danos nos equipamentos, é preciso que a seguradora, se de fato indenizou o consumidor, resguarde os tais bens para que, mesmo que administrativamente, a empresa de energia elétrica possa pericia -los, ou ainda em Juízo, para que se prove o efeito, ou seja, a alegada consequência de que de fato estão danificados e que a causa teria sido a queda de energia.

Desta forma, sem tal prova que é imprescindível, não há que se falar em suficiência probatória quanto ao "salvados".

Daí porque, entendo ser o caso de julgar improcedente o pedido inicial formulado.

Diante de todo o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso, julgando-se, por consequência, improcedente o pedido inicial. Inverto a sucumbência, condenando a autora ao pagamento das custas, das despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% do valor atualizado dado à causa.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

(Voto nº 4.177)

Ação regressiva fundada em contrato de seguro contra concessionária de serviços de fornecimento de energia elétrica. Pleiteia a autora a condenação da ré ao ressarcimento da quantia despendida com o pagamento de indenização securitária em decorrência de falha no fornecimento de energia elétrica.

A r. sentença julgou procedente o pedido, condenada a vencida ao pagamento das verbas da sucumbência.

Apela a ré a fls. 210/247 com vistas à reforma da r. sentença a fim de que o pedido seja julgado improcedente.

Contrarrazões a fls. 253/273, pelo desprovimento da apelação.

É o relatório.

Acompanho a conclusão da eminente Relatora sorteada, Desembargadora Maria Lúcia Pizzotti, quanto ao provimento da apelação, afastando a procedência do pedido, porém, adicionando ao douto voto condutor algumas observações.

Não há necessidade de o consumidor comunicar o problema na rede elétrica à concessionária ou requerer a reparação pela via administrativa para que a seguradora possa exercer seu direito de regresso, posto que o estabelecido pelas Resoluções Normativas da ANEEL (414/2010, e 1.000/2022, que a revogou) refere-se ao procedimento a ser adotado em caso de comunicação administrativa à concessionária, não mencionando que a utilização da via judicial é condicionada a tal procedimento.

Também desnecessária a comprovação da propriedade dos bens sinistrados, pois, se estavam na posse do segurado, presume-se que era o titular do domínio, exigência, aliás, vedada tanto pelo art. 204, § 6º, Resolução nº 499/2012, como pela de nº 1.000/2021, como disposto em seu § 3º do art. 602, que, em termos quase idênticos aos da norma anterior, preceitua: "Podem ser objeto de pedido de ressarcimento equipamentos alimentados por energia elétrica conectados na unidade consumidora, sendo vedada a exigência de comprovação da propriedade do consumidor sobre o equipamento."

A ré se enquadra como fornecedora de serviços e, nessa condição, tem responsabilidade objetiva perante os consumidores, conforme dispõem os arts. 14 e 20 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, responde pelos danos causados aos usuários de seus serviços, independentemente de culpa, ressalvadas as hipóteses elencadas no § 3º do referido art. 14 do diploma legal citado.

Ao efetuar o pagamento da indenização a seguradora se sub-roga na qualidade de credora em relação ao causador do dano, como prevê o art. 786 do Código Civil, o que a legitima a postular o ressarcimento da quantia a esse título despendida. Destaque-se bastar à sua comprovação a vinda aos autos de depó-

Acesso ao Sumário

sito no qual conste a autenticação bancária referente à transferência efetuada no valor e em nome do segurado, comprovação que não se há de por em dúvida por falta de menção ao número da apólice de seguro.

Ressalte-se que a sub-rogação se dá apenas no campo do direito material, passando a seguradora a ser credora da dívida e a quem não se transfere a qualidade de consumidora, ante a inexistência de relação de consumo entre ela e a concessionária, não ocorrendo, destarte, sub-rogação quanto às prerrogativas processuais (dentre elas a inversão do ônus da prova), exclusivas do consumidor.

Assim, não basta a afirmação de ter havido falha na prestação dos serviços da concessionária para que a ela se possa impor responsabilidade pelos danos causados, sendo exigível a prova do nexo de causalidade com a atuação ou inércia da ré, o que não ficou demonstrado nos autos, tendo em conta a não preservação dos bens danificados a possibilitar a realização da perícia, como bem fundamentado pela Relatora sorteada.

Sendo assim, não se desincumbindo a autora do ônus de demonstrar o nexo de causalidade entre os danos e a conduta da ré na prestação dos serviços (art. 373, I, do CPC), inexistem elementos para acolher o pedido inicial.

Posto isso, nos termos da fundamentação acima exposta, endosso o dispositivo do douto voto da lavra da eminente Relatora, inclusive em relação à responsabilidade decorrente da sucumbência.

MONTE SERRAT, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1037072-89.2019.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante FADIA AHMAD BORRASCHI CHEIATO (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados SINTERCAMP - SINDICATO DOS TRABALHADORES EM REFEIÇÕES DE CAMPINAS E REGIÃO e MARIA ELIZABETH DE OLIVEIRA COUTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.366)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO RIGOLIN (Presidente sem voto), LUIS FERNANDO NISHI e ROSANGELA TELLES.

São Paulo, 4 de março de 2024.

ADILSON DE ARAUJO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. MANDATO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ALEGAÇÃO DE FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS, ENVOLVENDO AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA POR FALTA DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INOCORRÊNCIA. NULIDADE INEXISTENTE. RECURSO DESPROVIDO. O juiz não está obrigado a produzir todas as provas requeridas pelas partes, caso as provas dos autos já sejam suficientes para ter formado sua convicção, podendo indeferir as que considerar desnecessárias e procrastinatórias. Ademais, no caso, a prova a documental mostra-se suficiente para seguro julgamento.

VOTO

FADIA AHMAD BORRASCHI CHEIATO ajuizou ação de indenização por danos materiais, fundada em falha em prestação de serviços advocatícios, em face de **SINTERCAMP – SINDICATO DOS TRABALHADORES EM REFEIÇÕES DE CAMPINAS E REGIÃO e MARIA ELIZABETH DE OLIVEIRA COUTO.**

Decisão de fls. 770 indeferiu pedido de gratuidade da justiça à autora, decisão reformada no julgamento do agravo de instrumento 2049427-34.2020.8.26.0000 (fls. 786/790).

Pela respeitável sentença de fls. 1.003/1.009, cujo relatório adoto, rejeitando tese de perda de uma chance, o douto juiz julgou improcedente o pedido, condenando a autora por litigância de má-fé, em virtude de alteração da verdade dos fatos, em multa de 2% do valor atualizado da causa. Em razão da sucumbência, a autora suportará as custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios de 10% do valor da causa.

Inconformada, apela a autora (fls. 1.014/1.043). Aduz que, no desempenho do mandato, os réus cometeram "erros crassos e injustificáveis, iniciando-se pela manifesta ausência de informação a si acerca da possibilidade de interposição de Recurso Ordinário ao Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, para fins de recorrer da r. sentença proferida nos autos da reclamação trabalhista que tramitava, resultando assim, na manifesta impossibilidade de ter seu processo apreciado por referida instância superior" (fls. 1.018). Também por ausência de informação sobre valor depositado e com pedido de levantamento nos autos do processo trabalhista. Sintetiza os acontecimentos processuais da presente ação, dando relevância para a múltipla nomeação de peritos para exame dos áudios (quatro oportunidades), sem que houvesse efetiva realização do

Acesso ao Sumário

trabalho, seja porque dois dos profissionais nomeados declinaram, apontando não terem competência para a tarefa, ou por circunstâncias diversas como falecimento de uma das peritas indicadas. Diz que na petição de fls. 925 pugnou por realização de perícia em relação aos áudios para "fins de corroborar com as alegações realizadas por aquela, destacando mais especificamente acerca da manipulação da segunda apelada em face desta para fins de que esta não recorresse da sentença proferida" (fls. 1.019), havendo concordância pela advogada ré a fls. 926/927 e pelo sindicato a fls. 928. Insiste que houve cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado, sem que produzida a prova pericial requerida e deferida pela decisão de fls. 931. Defende que "na mais remota hipótese, não houvessem mais peritos disponíveis, o que, desde já, se desacredita; tal esgotamento careceria ser devidamente comprovado e certificado nos autos, o que não ocorreu em momento algum, e assim, absurda se faz referida negativa de prestação jurisdicional em face desta, sob o argumento de prover a celeridade processual" (fls. 1.032/1.033). Insiste na necessidade da realização da perícia no caso.

A apelação é tempestiva e está dispensado o recolhimento de preparo.

Em contrarrazões (fls. 1.047/1.056), o sindicato réu requer a manutenção da sentença. Defende que não ocorreu cerceamento de defesa.

Por sua vez, em contrarrazões (fls. 1.059/1.071), a advogada-ré, igualmente, requer o indeferimento do recurso e manutenção da sentença. Articula não ocorrerem os vícios apontados pela recorrente. Transcreve parcelas de áudios (fls. 1.063), que corroboram as constatações da sentença. Defende que houve informação sobre o valor depositado na ação trabalhista, e que a alegação não foi oportunamente impugnada. Aduz que alegação e ausência de informação da possibilidade de recurso é infirmada pela manifestação a fls. 911/922.

É o relatório.

A apelação não merece provimento.

Foi devolvida para apreciação colegiada tese envolvendo cerceamento de defesa pelo julgamento da ação, sem que produzida prova pericial, que fora, em decisão anterior, deferida, envolvendo degravação de áudios, cujos links foram apresentados pela defesa.

Inicialmente, registra-se que não se identificou, no caso, negativa de prestação jurisdicional, violação ao contraditório ou à ampla defesa. Por outro lado, desnecessário o prolongamento da instrução frente ao que consta dos autos, a realização da prova para a finalidade pretendida mostra-se desnecessária.

Não é ocioso lembrar que o juiz não está obrigado a produzir todas as provas requeridas pelas partes, caso as dos autos já sejam suficientes para ter formada sua convicção, podendo indeferir as que considerar desnecessárias e procrastinatórias e determinar outras, tudo, com o escopo de velar pela rápida e segura solução do litígio.

Aliás, o art. 370 do CPC prescreve que:

Acesso ao Sumário

"Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias".

Ademais, o art. 355, I, do CPC, estabelece que:

"O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I não houver necessidade de produção de outras provas".

Nesse sentido a jurisprudência do C. STJ:

"Nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte Superior, 'a tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes de decisão, como limites ao livre convencimento do juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar em cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide' e que 'o magistrado tem o poder- dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento' (REsp nº 102303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17/05/99) ..." [AgRg no REsp 614221- PR Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2003/0218840-8, 1ª Turma, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, v.u., j. em 18/5/04, em DJ de 7/6/2004, pág. 171].

Ao proceder ao julgamento, de forma fundamentada, consignou o douto Magistrado sobre a desnecessidade da realização da perícia deferida:

"No caso dos autos, data máxima vênia, entendo desnecessária a realização de perícia para degravação dos arquivos de áudio disponibilizados nos autos, os quais podem ser acessados por meio dos links disponibilizados.

Saliento que a Autora não impugnou a autenticidade dos registros, tampouco apontou erros ou incorreções nas degravações apresentadas pela ré às fls. 852/860" (destaquei).

Vertendo para a petição a fls. 925, em que requerida a perícia envolvendo degravação dos áudios, nela consignado que visa "para corroborar as alegações realizadas em sede vestibular, principalmente no que tange a **manipulação** da parte contrária **para induzir a Requerente não recorrer na demanda trabalhista**" (destaquei).

Frise-se que há transcrição dos áudios, ainda que efetuada pela advogada ré as fls. 852/860.

Ocorre que fora alegado na petição inicial que não foi informado à autora direito a recorrer da sentença proferida na Justiça Trabalhista. Nesse sentido:

"Primeiramente, cumpre evidenciar a ineficiência da atuação dos Réus, **porquanto não tiveram a idoneidade profissional de informar a Au-**

Acesso ao Sumário

tora da possibilidade de interposição de RECURSO ORDINÁRIO dirigido ao E. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª. Região e, de recorrer da sentença dada na supracitada Reclamação Trabalhista, causando a negativa de possibilidade de a Autora ter seu processo apreciado pela instância superior" (fls. 04 - destaquei).

Não suficiente, infirmando suposta ausência de informação da possibilidade de recorrer, consignou a r. sentença:

"Nesse sentido, **os áudios são provas cabais e irrefutáveis de que a Ré informou a Autora quanto a possibilidade de recorrer:**

'Fádia, bom dia. Elizabeth advogada quem está falando; é a juíza não foi favorável não ao seu processo a única coisa que ela deu foi a multa pelo atraso na homologação, **nós podemos recorrer**' (fls. 903 - https://drive.google.com/file/d/1Zu92uJWctLzPXUmSW7Nfo1iB qzZ4JQMd/view?usp=sharing)" (destaquei).

Assim, conjugado o requerimento pela produção de prova pericial com o teor dos áudios, torna evidente que a alegação é voltada no sentido de que teria a advogada ré induzido a autora a não recorrer da sentença na ação trabalhista.

Tal constatação é corroborada pela manifestação a fls. 911/922 em que afirma a apelante:

"Todavia, ao analisar os áudios juntados, verifica-se que a Segunda Requerida, em todos os áudios, demonstrou seu desinteresse em recorrer da sentença e frisou EXORBITANTEMENTE sobre o risco recursal.

Desta feita, sabe-se que qualquer pessoa, ainda que bem instruída, ao ouvir de um profissional sobre determinado assunto, irá considerar demasiadamente isso para formular sua opinião.

Nesse passo, analisando os arquivos de áudio juntados pela Segunda Requerida, conclui-se que:

A Requerente somente fora informada da sentença, bem como da possibilidade de recorrer dela, no último dia para protocolo do recurso, ou seja, 27.11.2017, o que é absurdo, visto que, como alegado pela própria Requerente no áudio 11, deveria ser apresentado com antecedência. Evidenciando a falta de zelo da Segunda Requerida para sua cliente, ora Requerente.

(...)

Desta feita, como brevemente mencionado acima, tem-se que a Segunda Requerida não tinha intenção de recorrer daquela sentença e por isso insistiu e evidenciou incansavelmente os riscos processuais.

Dito isso, destaca-se Excelência, o tom de voz utilizado pela advogada, ora Segunda Requerida, ao passar as informações sobre o suposto recurso, o qual continha rispidez e impaciência excessiva.

É límpido que, qualquer pessoa, ao ouvir somente sobre os riscos sobre determinado ato, fica inseguro e tendencioso a não fazer, do que aquele que, além dos riscos, é informado sobre alguns pontos positivos." (fls. 917/919).

Acesso ao Sumário

Como bem consignado pela r. sentença, na manifestação, a apelante não alegou erros seja nos áudios apresentados ou em suas transcrições, bem como não alegou alteração/adulteração de seu teor.

A tese de cerceamento, envolve realização de prova técnica para comprovação de que a advogada ré induziu a autora a não recorrer da sentença proferida na ação trabalhista, o que foge ao campo da perícia técnica científica, razão pela qual era mesmo viável a prolação da sentença na ação; e, sendo o dispositivo não impugnado, resta mantido o desfecho conferido por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por oportuno, adverte-se a apelante que a insistência em alterar a verdade dos fatos configura litigância de má-fé, a teor do disposto no art. 80, II, do CPC, fundamento pela qual fora a apelante apenada com multa de 2% do valor da causa pela sentença, e que esta multa pode ser majorada até 10% do valor da causa, conforme estabelece o art. 81 do CPC. Anote-se que a gratuidade de justiça não exime o condenado do adimplemento, conforme consignado na sentença; e que, se a apelante insistir no prosseguimento recursal, sem o necessário respaldo de fundamentação e adequação pertinentes, será apenada consoante autoriza a legislação.

Resultado imposto torna necessária a majoração dos honorários sucumbenciais em razão do trabalho adicional realizado em grau recursal, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

Considerando que, nas contrarrazões, houve impugnação específica das principais questões articuladas nas longas razões de apelação, majoro os honorários sucumbenciais para 15% sobre o valor atualizado da causa.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** à apelação da autora, majorando os honorários para 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009049-38.2023.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que são apelantes VANIA CAPPELLETTI BENETI BRANCO e FLAVIO CAPPELLETTI JÚNIOR, é apelado BANCO SAFRA S/A.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o advogado Willis Jose Rodrigues Filho", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46386)**

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

Acesso ao Sumário

FILHO.

São Paulo, 4 de março de 2024.

HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO, Relator

EMENTA: Nulidade de negócio jurídico - Ação Pauliana - Demonstração dos requisitos do eventus damni e do consilium fraudis - Imóvel doado ao irmão da devedora - Presunção de má-fé em negócios realizados entre parentes (fraus inter parentes facile praesumitur) - Dívida anterior comprovada à celebração do negócio jurídico - Fraude contra credor configurada - Nulidade do negócio jurídico - Reconhecimento - Inaplicabilidade da súmula 375 do STJ - Sentença mantida - RITJ/SP artigo 252 - Assento Regimental nº 562/2017, artigo 23 - Majoração dos honorários advocatícios recursais - Artigo 85, §11, do CPC. Recurso não provido.

VOTO

Vistos,

A r. sentença de fls. 390/392 julgou procedente a ação, para declarar nulo o negócio jurídico doação do imóvel de matrícula nº 68.631 do 3º Cartório de Registro de Imóveis de São Paulo/SP. Os réus arcarão, solidariamente, com o pagamento das despesas, custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, nos termos do artigo 85 do CPC.

Apelam os réus pretendendo a reversão do julgado, alegando que ficou demonstrado nos autos, mesmo diante do grau de parentesco apresentado pelos apelantes, não havia qualquer situação de insolvência pela apelante Vania, inexistindo, portanto, *eventus damni*, já que a doação ocorreu antes do ajuizamento da demanda executiva; que o imóvel objeto da ação se trata de bem proveniente de herança, e que desde o óbito do genitor dos apelantes, o Sr. Flavio passou a cuidar e zelar pela saúde e bem estar de sua genitora, e em razão dos gastos do apelante para com a genitora, de comum acordo, os irmãos entenderam por compensar esses gastos do Apelante com a transferência de fração do imóvel comum, e que em momento algum no ato jurídico realizado houve má-fé do adquirente, não provada pelo autor. Pede a improcedência da ação, e que seja afastada a condenação ao pagamento das verbas de sucumbência, (fls. 395/412).

Processado e respondido o recurso (fls. 424/438), vieram os autos ao Tribunal e após a esta Câmara; anotada a oposição ao julgamento virtual manifestada às fls. 444.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O banco autor alega na inicial que firmou contratos com a ré Vania Cappelletti Beneti Branco, todavia, foram inadimplidos não restando alternativa a não ser o ajuizamento de 2 (duas) Execuções de Título Extrajudicial. Aduziu, que realizou pesquisas para localizar patrimônio suscetível de penhora e verificou que, em 17.05.2019 a ré Vânia doou 50% que era sua propriedade do imóvel, para ao réu Sr. Flávio Cappelletti Júnior, irmão da ré. Afirmou, que a ré realizou tentativa de blindagem patrimonial, pois realizou a alienação do imóvel de significativo valor para o irmão pouco tempo depois da emissão de contratos com o Banco Safra, bem como, da realização da aditamentos dos contratos firmados anteriormente, com o nítido propósito de prejudicar o autor, dificultando, assim, a constrição dos bens. Requereu a procedência do pedido, para reconhecer a fraude contra credores operada e declarar a nulidade da doação praticada e a consequente ineficácia relativa da doação praticada, de modo a torná-la inoponível ao autor.

Com efeito, e pelo que se verifica dos autos, no que se refere à existência do débito, o autor apelado se tornou credor da corré Vânia pelo menos desde 28.06.2018, quando firmou a Nota Promissória referente ao contrato 35010 (4062186) na qual figura como avalista, entre outros diversos contratos firmados até o ano de 2019 que estão executados nos dois processos ajuizados pelo Banco Safra.

Resta caracterizado, portanto, que a data em que o negócio que constituiu o apelado como credor da apelante Vânia é anterior à doação do imóvel ao irmão, ocorrida em 17/05/2019, afastada a alegação da inexistência de dívida, demonstrada, nestes termos, a anterioridade do débito em relação à negociação envolvendo a o imóvel.

No que se refere ao requisito do *consilium fraudis*, registre-se que a má fé é presumível em negócios realizados entre parentes - *fraus inter parentes facile praesumitur* -, mormente na hipótese de negócios realizados a título gratuito, como se deu no caso em exame, com o acréscimo de que as alegações dos apelantes, no sentido que comum acordo fizeram negócio para compensar os gastos com a genitora dos mesmos, o que sequer foi comprovado, são incapazes de ilidir a caracterização do *consilium fraudis*.

E como também refere o autor apelado em resposta ao recurso, "*o alegado pelo Apelante Sr. Flavio Cappelletti também não foi suficiente a afastar o evidente consilium fraudis no negócio jurídico realizado por sua irmã, Sra. Vania, pois é notório que os atos realizados pela Apelante Vânia, a levariam a insolvência, haja vista que este narra às fls. 350 que a devedora realizou, além da doação do imóvel em comento, a alienação do imóvel que residia, restando evidenciado o estratagema realizado pela devedora para alienar bens passíveis de constrição pelos credores e consequentemente o conluio com o irmão para que seu bem fosse alienado para terceiros para sair da esfera patrimonial da*

Acesso ao Sumário

devedora, embora ainda permaneça a ser utilizado pela família da devedora. (...) Ou seja, pelo narrado pelo Sr. Flavio em sua defesa nota-se que a Apelante possuía ciência quanto a iminência do ajuizamento de execuções em seu desfavor ante ao inadimplemento dos contratos emitidos em favor Banco Safra e dos aditamentos dos contratos firmados anteriormente, razão pela qual passou a esvaziar seu patrimônio para protegê-lo de eventuais restrições, razão pela qual é cristalina a presença do eventus damni. Nota-se que a alienação supracitada se deu 2 (dois) meses depois da alienação do imóvel objeto da presente demanda, o que demonstra cabalmente que a Sra. Vania já estava esvaziando seu patrimônio, tendo em vista que não se vende um imóvel por R$. 7.000.000,00 (sete milhões de reais) de um dia para outro, sendo evidente que os parentes da devedora tinham pleno conhecimento disso. Nesse sentido, o Apelado Banco Safra destaca que embora o fato de o Sr. Flavio ser irmão da Sra. Vania e que por isso há a presunção de conhecimento sobre a situação financeira da Apelante, mesmo que não se considerasse a referida presunção, cabe esclarecer que quando da alienação do imóvel em voga havia pendência financeira em nome da sra. Vânia, (...) Ademais, no tocante a alegação quanto a suposta solvência da Apelante Vania Cappelletti Beneti Branco há de ser afastada, haja vista a ausência de comprovação do alegado com a efetiva demonstração da existência de bens e ativos passiveis ao pagamento do crédito exequendo, ou, ao menos, com o pagamento voluntário da dívida nos autos da execução de título extrajudicial".

Também, conforme constou da r. sentença, "*Cuida-se de ação pauliana, em que a parte autora busca anular a compra e venda do imóvel descrito na inicial sob o argumento de que a negociação tinha por finalidade fraudar credores. Incontroversa a doação do imóvel registrado sob matrícula nº 68.631do 3º Cartório de Registro de Imóveis de São Paulo/SP, registrado em 17 de maio de 2019, bem como a execução ajuizada em face da ré Vania em 30 de maio de 2019. Cabe inicialmente ressaltar, que a ação pauliana se caracteriza como a medida à disposição do credor para conservação da garantia patrimonial de um determinado devedor. Seus requisitos são: a) a existência de um crédito decorrente de obrigação anterior ou não à alienação; b) negócio realizado por devedor em estado de insolvência (eventus damni), c) ciência da fraude pelo adquirente (consilium fraudis). Dito isso, o eventus damni está comprovado na medida em que a devedora não dispõe de patrimônio para saldar a dívida em questão, tanto que a execução não atingiu o seu fim até hoje. No mais, restou caracterizado o consilium fraudis, ante a transferência do imóvel da ré para o nome do réu Flávio,irmão da ré, o que gera presunção de fraude vez que não foi afastada pela produção de qualquer prova de idoneidade dos negócios (comprovante de pagamento ou de recursos para aquisição do imóvel). Além disso, verifico que a doação foi feita entre irmãos, o que, novamente, indica que o intuito do negócio foi o de simplesmente livrar o patrimônio da ré Vania das*

Acesso ao Sumário

execuções.".

Neste sentido, a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça: "*APELAÇÃO - Ação Pauliana - Demonstração inequívoca dos requisitos do eventus damni e do consilium fraudis - Imóvel vendido ao irmão de um dos codevedores - Dívida devidamente comprovada, com improcedência, inclusive, de embargos à execução - Dívida anterior à celebração do negócio jurídico - Fraude configurada - Ineficácia do negócio jurídico em relação ao credor - Sentença no particular mantida. Indenização por litigância de má-fé - Para a concessão da indenização prevista no § 2º, do art. 18 do CPC, é necessária a prova dos prejuízos efetivos - Prejuízos não comprovados nos autos - Indenização que não se mostra devida - Decisão Reformada em Parte - Recurso Parcialmente Provido.*" (TJSP; Apelação Cível 0121502-62.2007.8.26.0000; Relator (a): Egidio Giacoia; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I - Santana - 5. VARA CIVEL; Data do Julgamento: 30/08/2011; Data de Registro: 01/09/2011).

E por fim, inaplicável a súmula 375 do STJ ao caso concreto, haja vista a referida súmula ser aplicável somente as hipóteses de fraude à execução, o que não é o caso.

Nestes termos, restaram configurados os requisitos para o reconhecimento da fraude contra credores.

Por tais motivos, de rigor a manutenção da r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos (artigo 252 do RITJ/SP c.c. artigo 23 do Assento Regimental nº 562/2017), ora adotados em complemento aos do presente voto, impondo-se a majoração dos honorários advocatícios anteriormente arbitrados para 12% do valor da causa, conforme art. 85, §11 do CPC.

Nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005173-12.2018.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é apelante/apelado JEHEA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante DISTRIBUIDORA MODENUTI COMÉRCIO DE UTENSÍLIOS DOMÉSTICOS LTDA.

ACORDAM, em 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao Recurso da Autora e julgaram prejudicado o Recurso da Ré. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54309)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 4 de março de 2024.
ADEMIR BENEDITO, Relator

EMENTA: Apelação - Prova Pericial Técnica de informática - Dúvida acerca da legitimidade dos documentos eletrônicos apresentados pela ré - Necessidade de produção de prova pericial verificada - Sentença anulada - Apelação da autora parcialmente provida, prejudicado o recurso da ré - Instrução processual determinada.

VOTO

Trata-se de ação indenizatória ajuizada por JEHEA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA contra DISTRIBUIDORA MONEDUTI COMÉRCIO DE UTENSÍLIOS DOMÉSTICOS LTDA, fundada em contrato de representação comercial rescindido.

Pela r. sentença de fls. 7876/7881, cujo relatório se adota, o feito foi julgado procedente em parte, condenando-se a ré a pagar à autora as seguintes verbas: a) aviso prévio, correspondente a 1/3 das comissões devidas nos últimos três meses de atividade como representante comercial, quais sejam, novembro de dezembro de 2017 e janeiro de 2018, nos termos do art. 34 da Lei nº 4.886/65; b) indenização pela rescisão do contrato, de 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo que exerceu a representação; c) R$ 50.120,02, por fechamento de comissões e descontos indevidos, declinados no laudo; d)R$ 14.698,99, por descumprimento de cláusula de exclusividade. Sobre tais valores incidirão correção monetária, pela Tabela Prática do TJSP, e juros moratórios de 12% ao mês, contados da época da citação inicial. Será deduzido o valor já pago pela ré, por depósito nos autos, com correção monetária.

A ré foi, ainda, condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios da parte contrária, estes fixados em 12% do valor resultante da condenação.

Apelam ambas as partes.

A autora aduz, para a reforma do julgado, que ocorreu cerceamento de defesa, porque não produzidas as provas periciais por ela requeridas e necessárias à demonstração de que a ré fraudou pagamento de comissões, algo que somente poderia ser bem delineado com a perícia de informática, e que foi corroborado pelas testemunhas e documentos trazidos aos autos. Entende que são devidas também as comissões de outubro de 2017 a janeiro de 2018, algo sobre o qual a sentença não se pronunciou. Pugna, ainda, pela condenação da ré ao pagamento de clientes da região sul, por quebra da cláusula de exclusividade. Para tais fins, pede provimento ao recurso e a procedência total da ação, ou sua anulação para

produção de prova pericial de informática (fls. 7916/7932).

A ré, por sua vez, alega que a indenização prevista no art. 27, "j", da Lei nº 4.886/65 já foi paga à autora, conforme atestado pelo próprio laudo pericial. Assevera que também restou cabalmente demonstrado que não havia cláusula de exclusividade, devendo tal indenização ser também afastada, assim como a condenação por ausência de aviso prévio. Por fim, entende que deve ser afastada a incidência de juros de 12% ao mês, que devem incidir no patamar de 1% ao mês (fls. 7936/7946).

Recursos tempestivos, isento de preparo o da autora, com contrarrazões.

É o relatório.

A questão posta a julgamento é se a autora teria direito às verbas de rescisão contratual, bem como diferenças de comissões pagas a menor pela ré.

Postulou a inversão do ônus da prova, impugnando os documentos trazidos aos autos pela ré, inclusive aduzindo falsidade documental, postulando a produção de provas periciais, - documental e de informática -, e testemunhal.

A prova testemunhal e a perícia documental foram realizadas e trouxeram amplitude ao caso, favorecendo a procedência da maior parte dos pedidos da autora, restando indeferida a prova de perícia de informática.

Em relação a tal prova, esta Turma Julgadora inclusive decidiu, ao julgar o AI nº 2090473-37.2019 e deferir as perícias documentais que:

"***Por fim, a perícia técnica em informática não foi indeferida, mas deixou o d. Juiz de Direito para decidir sobre sua necessidade após a conclusão da perícia contábil, quando terá mais elementos para decidir sobre o tema, o que se mantém.***"

No entanto, diante dos documentos coligidos aos autos, dos depoimentos das testemunhas, além de ter sido deferida a produção de prova da legitimidade dos documentos apresentados pela ré, sendo que parte deles, se deu por meio de e-mails ("fechamentos de comissão"), faz-se necessário, para o correto deslinde da demanda, que se apure, extreme de dúvidas, se houve ou não a alegada manipulação de dados pela requerida.

A prova pericial já constante dos autos trouxe informações precisas sobre parte da relação negocial entre as partes e não cabia ao perito responder ali sobre a manipulação dos documentos produzidos eletronicamente pelas rés, pois este não era o escopo de sua perícia.

Diante disso, necessário se fazia, após a vinda de tal elemento de prova, que a perícia técnica de informática, postulada diversas vezes pela autora, fosse finalmente deferida, para dirimir por completo as dúvidas acercas de todos os pagamentos efetuados ou não pela ré.

Com todo respeito, unicamente pelo exame dos elementos carreados aos autos, entende-se impossível proferir juízo seguro acerca da questão que constitui o cerne da lide posta sob apreciação.

Acesso ao Sumário

Com efeito, o Juiz, destinatário final da prova, em sintonia com o sistema de persuasão racional adotado pelo Código de Processo Civil, pode dispensar as provas que entender inúteis ou prescindíveis ao deslinde do feito.

Todavia, no contexto dos autos, nota-se que a hipótese, de fato, demandava aprofundamento instrutório.

Nesse passo, não se pode tolher a prerrogativa da autora, de ver produzida prova que corrobore suas assertivas e permita reconhecer a existência ou afirmar a inexistência de seu pretenso direito. Nem o direito da ré, de ver resolvida de uma vez tal situação.

Entende-se, portanto, ser imprescindível para a justa e adequada solução da lide a realização da instrução processual e provas pertinentes sobre o tratamento de dados corroborados pelos documentos de fls. 758/1.108, 2.357/2.363 e 2.404/2.457, laudo técnico (fls. 7.627) e depoimentos das testemunhas.

Outrossim, diante do quadro apresentado, conclui que a não realização da prova postulada leva à nulidade da sentença, o que, com todo respeito ao entendimento do nobre magistrado, ora se decreta, para que se proceda à abertura da fase instrutória, imprescindível ao desfecho da lide.

Acerca dos temas aqui aventados, esta Corte de Justiça já decidiu:

"***APELAÇÃO AÇÃO ORDINÁRIA Contrato de prestação de serviços Sistema de pagamentos eletrônicos Alegação de desvio de créditos, mediante invasão de computador - Sentença de parcial procedência Julgamento antecipado da lide Impossibilidade Apuração da responsabilidade - Prova pericial imprescindível - Cerceamento de defesa e prejuízo ao direito do contraditório e ampla defesa configurados SENTENÇA ANULADA RECURSOS PROVIDOS***" (Apel nº 1007435-70.2021.8.26.0099, 37ª Câmara de Direito Privado, Rel. ANA CATARINA STRAUCH, v.u.)

Deste modo, tem-se que a alegação de cerceamento de defesa deve ser acolhida, para que os autos voltem à origem e seja feita a prova pericial de informática necessária ao desate da controvérsia, de forma a embasar solidamente um decreto de procedência ou improcedência da demanda.

Observe-se, por fim, que a produção da prova em questão e seu consequente custeio competem à autora, nos exatos termos do disposto no artigo 429, inciso I, do Código de Processo Civil, observado o disposto no art. 95, §§3º e 4º do CPC.

Ante o exposto, e para os fins acima indicados, dá-se parcial provimento ao recurso da autora, para anular a r. sentença para que se reabra a fase instrutória do processo, com a realização da prova pericial de informática, a ser analisada conjuntamente com a prova pericial documental já produzida nos autos, antes de proferido novo julgamento, restando PREJUDICADO o exame das demais matérias alegadas nos recursos interpostos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004550-46.2023.8.26.0024, da Comarca de Andradina, em que é apelante BANCO BRADESCO S/A, é apelado ANTONIO CARLOS PINCELA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50257)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente), DÉCIO RODRIGUES e FÁBIO PODESTÁ.

São Paulo, 6 de março de 2024.

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Procedência. Inconformismo do banco.

- Preliminar rejeitada. Ilegitimidade de parte. Solidariedade passiva de todos os fornecedores integrantes da cadeia de consumo.

- Mérito. Negativa de aquisição do seguro "sebraseg clube de benefícios" pelo autor. Réus não se desincumbiram do ônus de comprovar a regularidade do negócio. Constatada a inexistência de relação contratual. Dever de devolução dos valores debitados indevidamente da conta corrente do demandante, na forma dobrada, nos termos do artigo 42, parágrafo único, do CDC, e em razão da modulação dos efeitos do repetitivo no julgamento do EAREsp 676.608 pelo E. STJ. Correção monetária e juros de mora a contar do desembolso (Súmulas 43 e 54 do STJ). Dano moral 'in re ipsa'. Indenização arbitrada em R$ 10.000,00 se mostra proporcional à gravidade da conduta lesiva, corrigida monetariamente a partir do arbitramento (Súmula 362 do STJ) e acrescida de juros de mora de 1% ao mês desde o evento danoso (Súmula 54 do STJ). Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

BANCO BRADESCO S.A. interpõe recurso de apelação contra a r. sentença (fls. 85/90), proferida na ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por danos materiais e morais proposta por ANTÔNIO CARLOS PINCELA contra SEBRASEG CLUBE DE BENEFÍCIOS LTDA. e o apelante, que julgou procedente o pedido para declarar a inexigibilidade do débito em razão da inexistência de relação jurídica entre o autor e a empresa Sebraseg, devendo o banco se abster de debitar quaisquer valores decorrentes desse ajuste, pena de multa diária de R$ 100,00, limitada a R$ 10.000,00, bem como para condenar os requeridos, de forma solidária, a restituírem os valores descontados, em dobro, atualizados pela Tabela Prática deste Tribunal a partir do desembolso, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação, e pagarem indenização por danos morais, no importe de R$ 10.000,00, corrigida pela Tabela Prática deste Tribunal desde a data do arbitramento, com cômputo dos juros de 1% ao mês a partir do evento danoso.

Suscita preliminar de ilegitimidade de parte, pois o desconto foi efetuado pela corré Sebraseg, sem a participação do banco. No mérito, esclarece ser apenas intermediário, em especial porque o débito automático é autorizado pelo cliente perante a empresa que comercializou o produto. Considera inexistente o dano moral. Na hipótese de ser mantido o dever de indenizar, pretende a redução do montante arbitrado, por ser exorbitante. Entende que é da empresa Sebraseg o dever de devolver o valor pago, pois não recebeu as importâncias debitadas. Pleiteia, ainda, que a restituição se dê de forma simples, para evitar o enriquecimento sem causa (fls. 93/102).

Contrarrazões (fls. 108/112).

É o relatório.

Trata-se de ação na qual o autor alega não ter contratado o seguro denominado "sebraseg clube de benefícios", debitado de sua conta corrente.

Inicialmente, no tocante à preliminar de ilegitimidade de parte, a matéria versada nos autos tipifica relação jurídica de consumo, sendo aplicável ao caso o Código de Defesa do Consumidor e, por isso, os demandados, na qualidade de integrantes da cadeia de fornecimento, são partes legítimas para integrarem o polo passivo da relação processual, nos termos do artigo 7º, parágrafo único, do mencionado diploma legal.

Portanto, rejeita-se a preliminar suscitada.

Quanto ao mérito, cumpre assinalar, conforme a Súmula 297 do STJ, "*O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras*".

O requerente qualifica-se como consumidor (art. 17, do CDC) e, sendo ele hipossuficiente em relação aos requeridos, caberia a estes demonstrarem a regularidade da transação, ônus do qual não se desincumbiram.

Frise-se, ainda, que o art. 14 do Estatuto Consumerista define como ob-

Acesso ao Sumário

jetiva a responsabilidade do fornecedor por defeitos na prestação dos serviços.

No caso, inexistem provas capazes de apontar, com segurança, que o demandante contratou o seguro.

Assim, forçoso concluir pela inexistência da relação jurídica entre as partes, e uma vez que a cobrança não se reveste de legitimidade, devem os réus serem responsabilizados pelos prejuízos causados ao requerente, devolvendo os valores debitados de sua conta corrente sob a rubrica "sebraseg clube de benefícios", em dobro, nos termos do artigo 42, parágrafo único, do CDC, em razão do entendimento firmado pela Corte Superior no julgamento do EAREsp 676.608, sob a sistemática dos recursos repetitivos, por força da modulação dos efeitos da decisão proferida no EREsp 1.413.525/RS.

Com relação aos consectários legais sobre as importâncias a serem devolvidas, como se sabe, a correção monetária é mera recomposição do valor da moeda; a fixação da mora por ocasião da citação não afeta o seu termo inicial.

Assim, os valores a serem restituídos devem ser atualizados a partir da data de cada desembolso, nos termos da Súmula nº 43 do E. Superior Tribunal de Justiça: "*Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.*"

Quanto aos juros de mora, por se tratar de responsabilidade extracontratual, serão computados a partir de cada desconto indevido, conforme entendimento consolidado pelo E. STJ na Súmula nº 54.

Na situação em exame, os danos morais ocorrem *in re ipsa*, ou seja, por força dos fatos verificados.

No que se refere ao quantum reparatório, sabe-se que a indenização deve ser proporcional ao prejuízo sofrido pela vítima, à intensidade da culpa do agente e à capacidade econômico-financeira das partes; deve compensar o ofendido sem ocasionar o indesejado enriquecimento sem causa ou o empobrecimento do agressor.

Além disso, a condenação deve desencorajar eventual reiteração do fato, como preconiza a teoria do desestímulo.

Atento a esses parâmetros, a fixação da indenização em R$10,000.00 revela-se adequada para reparar o prejuízo imaterial e punir os réus, levando-se em conta sua conduta negligente, sua capacidade econômica e o grau de intensidade do dano cometido.

Nesse sentido:

APELAÇÃO. Ação declaratória de inexistência de relação jurídica cumulada com indenização por danos materiais e morais. Sentença de parcial procedência. Inconformismo da autora. Empréstimos consignados em benefício previdenciário. Contratações impugnadas pela autora. O banco que, citado, não apresentou contestação, sendo aplicáveis os efeitos da revelia. Controvérsia recursal restrita à existência de danos

Acesso ao Sumário

morais passíveis de indenização. Danos morais configurados. Valor da indenização fixado em R$10.000,00, em razão dos descontos indevidos em verba alimentar e do desgaste imposto à consumidora para solução caso. Sentença parcialmente reformada para condenar o requerido ao pagamento de indenização por danos morais. Recurso parcialmente provido. (Apel. nº1004593-17.2022.8.26.0218, rel. des. Régis Rodrigues Bonvicino, j. em 19.06.2023)

A correção monetária deve incidir a partir do arbitramento, consoante orientação do C. STJ consolidada na Súmula 362, utilizando-se como referência a Tabela Prática deste Tribunal.

Os juros moratórios, por sua vez, "*fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual*" (Súmula 54 do STJ).

Concluindo, a r. sentença é de ser mantida.

A verba honorária, arbitrada em R$1.000,00 é majorada para R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) a teor do que dispõe o artigo 85, § 11, do CPC/2015.

A correção monetária dos honorários advocatícios fixados em quantia certa incide a partir da data em que foram arbitrados (julgamento da apelação).

Exclui-se a hipótese de incidência de juros moratórios, a não ser que se configure a mora em sede de execução. Com efeito, em se tratando de honorários decorrentes de sucumbência, só se pode cogitar de mora do devedor sucumbente após o trânsito em julgado da sentença e respectiva execução.

Por derradeiro, para evitar a costumeira oposição de embargos declaratórios voltados ao prequestionamento, tenho por discutidos, neste grau de jurisdição, todos os dispositivos legais citados e argumentos deduzidos no recurso interposto.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1040925-04.2022.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante GD SOLAR HOLDING S.A., é apelado AMPHENOL TFC DO BRASIL LTDA.

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 45175)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HÉLIO NOGUEIRA (Presidente) e CAMPOS MELLO.

São Paulo, 7 de março de 2024.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

Ementa: Apelação. Embargos à execução. Pedido de reconhecimento de abusividade de cláusula que prevê honorários advocatícios de 10% do valor do débito em aberto, no caso de cobrança extrajudicial. Legalidade. Redução equitativa da cláusula penal. Contrato que fixou o percentual de 10% do débito em atraso. Possibilidade. Inexistência de excesso. Sucumbência mínima da parte embargada. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação que julgou parcialmente procedente os embargos à execução, para declarar a abusividade da cláusula que prevê a cobrança de honorários de 20% do valor do débito, no caso de cobrança judicial.

Irresignado, o devedor recorre alegando, em resumo, que também deve ser reconhecida a nulidade da cláusula que autoriza a cobrança de honorários advocatícios pela cobrança administrativa do débito; que deve ser reduzida equitativamente a cláusula penal para 2,5% do valor do débito em aberto; por fim, sustenta a necessidade de condenação da parte ora apelada ao pagamento de parte dos ônus sucumbenciais, em razão de ter decaído parcialmente.

Contrarrazões a fls. 137/151 requerendo, em resumo, a manutenção da r. sentença, com majoração dos honorários advocatícios.

Recurso bem processado.

É o relatório.

Com a devida vênia, o presente recurso não merece provimento.

Inicialmente, com o devido respeito, deve-se afastar a pretensão de redução da cláusula penal fixada no contrato, pois arbitrada em 10% do valor do débito em atraso.

Logo, inexiste abusividade, já que o percentual de 10% é amplamente aceito pela jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a saber:

> RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO CONTRA R. SENTENÇA PELA QUAL FOI JULGADA IMPROCEDENTE AÇÃO DE COBRANÇA - ALEGAÇÃO DE INCORREÇÃO, COM PEDIDO DE REFORMA - AÇÃO DE COBRANÇA - CONTRATO DE FORNECIMENTO DE SOLUÇÕES EDUCACIONAIS E OUTRAS AVENÇAS - INADIMPLEMENTO CONTRATUAL POR PARTE DO CONTRATANTE, ORA RECORRIDO, QUE RESULTOU SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADO NOS AUTOS - ADEQUADA IMPOSIÇÃO DA MULTA ESTABELECIDA A TÍTULO DE INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO, BEM COMO DA CLÁUSULA PENAL DECORRENTE DA RESCISÃO MOTIVADA DO CONTRATO - NECESSÁRIA RE-

DUÇÃO, NO ENTANTO, DA CLÁUSULA PENAL ESTABELECIDA - APLICAÇÃO DO ART. 413, DO CÓDIGO CIVIL - MULTA ESTABELECIDA EM 50% QUE SE MOSTRA EXCESSIVA - NECESSÁRIA REDUÇÃO PARA MONTANTE EQUIVALENTE A 10% DO VALOR TOTAL DO CONTRATO - NECESSÁRIA REFORMA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJSP; Apelação Cível 1047400-57.2018.8.26.0100; Relator (a): Simões de Vergueiro; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 37ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/10/2019; Data de Registro: 29/10/2019)

TÍTULOS DE CRÉDITO - Embargos à execução - Sentença de improcedência - Instrumento particular de confissão de dívida - Cláusula penal - Redução de 20 para 10% na consideração da natureza e finalidade do negócio jurídico (CC, art. 413) - Sentença parcialmente modificada - Recurso provido.

(TJSP; Apelação Cível 1006234-95.2019.8.26.0266; Relator (a): José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itanhaém - 2ª Vara; Data do Julgamento: 10/08/2020; Data de Registro: 10/08/2020)

Apelação Cível. Prestação de serviço educacional. Ação monitória. Desistência do curso pela ré. Cobrança de multa compensatória correspondente a 50% dos valores das mensalidades vincendas. Sentença de procedência. Insurgência. Cláusula penal que deve ser reduzida para 10% desse montante (art. 413, do CC). Recurso provido em parte.

(TJSP; Apelação Cível 0002514-15.2012.8.26.0095; Relator (a): Morais Pucci; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro de Brotas - Vara Única; Data do Julgamento: 01/12/2014; Data de Registro: 01/12/2014)

Ademais, com todas as vênias, o percentual de 10% incide apenas sobre os valores em atraso, não sobre a totalidade do contrato, de modo que, por força de tal previsão, está garantida a proporcionalidade da penalidade, que apenas incidirá sobre os valores efetivamente inadimplidos.

No mais, com o devido respeito, a r. sentença bem decidiu pela impossibilidade de fixação convencional de honorários advocatícios devidos a título de cobrança judicial, pois seu arbitramento é providência exclusiva do magistrado, nos termos do artigo 85 do Código de Processo Civil, e, além disso, representa cobrança *bis in idem.*

Efetivamente, quando se tratar de ação de execução, os honorários são estabelecidos pelo artigo 827, "caput", do Código de Processo Civil, que dispõe que: "*Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários advocatícios de dez por cento, a serem pagos pelo executado.*"

Acesso ao Sumário

Desta forma, quando a execução é promovida em âmbito judicial, somente o Poder Judiciário tem autoridade para definir os honorários advocatícios.

No que toca aos honorários advocatícios decorrentes da cobrança extrajudicial, a cláusula que os prevê não é abusiva, pois trata de matéria disponível, que pode ser regularmente transacionada entre as partes, considerando-se, inclusive, que o caso vertente não trata de relação de consumo.

Apesar disso, com todas as vênias, em face da prova documental produzida nos autos, ficaria obstada sua cobrança pela via da ação de execução ora discutida, pois, naqueles autos, não foi carreada prova da efetiva cobrança extrajudicial por meio de advogado.

Nesse sentido:

"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS DECORRENTES DE INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. ABUSIVIDADE. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS NO ÂMBITO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO." (STJ - AgInt no REsp n. 2.004.137/PR, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 13/12/2022)

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. ART. 489 E 1.022 DO CPC/2015. AUSÊNCIA DE OMISSÕES. TÉRMINO RELAÇÃO CONTRATUAL. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE MULTA COMPENSATÓRIA COM CUMPRIMENTO OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. HONORÁRIOS CONTRATUAIS NÃOINTEGRAM VALORES DEVIDOS A TÍTULO DE PERDAS E DANOS. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

...

4. O acórdão encontra-se em harmonia com a jurisprudência dominante do STJ, no sentido de não ser cabível a condenação da parte sucumbente aos honorários contratuais despendidos pela vencedora.

5. Agravo interno não provido." (STJ - AgInt no AREsp 1294687/SP; Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO; QUARTA TURMA, julgado em 11/09/2018)

"EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. Valor da causa. Exclusão dos honorários contratuais do valor da execução. Cláusula que prevê o pagamento pelo devedor na hipótese de cobrança judicial. Impossibilidade. Fixação que é ato exclusivo do magistrado. Nulidade da

cláusula contratual. Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO." (TJSP; Agravo de Instrumento 2295969-24.2023.8.26.0000; Relator (a): Fernando Sastre Redondo; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/11/2023; Data de Registro: 06/11/2023).

"HONORÁRIOS CONTRATUAIS - Execução de título extrajudicial - Insurgência contra a r. decisão que determinou a exclusão dos honorários advocatícios previstos no título da memória de cálculo apresentada - Descabimento - Fixação de verba honorária de competência do juízo e não das partes (art. 827 do CPC) - Afastamento corretamente determinado, pena de se configurar bis in idem - Decisão mantida - Recurso não provido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2194294-18.2023.8.26.0000; Relator (a): Maia da Rocha; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro de Araçatuba - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/11/2023; Data de Registro: 01/11/2023)

Ocorre que, na execução de origem, não se constata a exigência de honorários advocatícios pela cobrança extrajudicial por advogado, pois tal verba não foi incluída na planilha de cálculos apresentada pelo credor a fls. 27 daqueles autos.

Ou seja, com todas as vênias, o pedido de afastamento da cobrança deduzido no presente recurso não merece acolhimento, pois não se vislumbra que a verba ora impugnada tenha composto o montante total do débito exequendo.

Por fim, com o devido respeito, era mesmo o caso de se carrear a integralidade dos ônus sucumbenciais ao apelante, pois, *data venia*, teve acolhido somente o seu pedido declaratório de nulidade da cláusula que prevê a cobrança de honorários advocatícios judiciais de 20%, ficando vencido nos demais pedidos.

De rigor destacar que, a despeito do pedido declaratório formulado, referidos honorários advocatícios de 20% do valor do débito não foram objeto de cobrança na execução de origem (fls. 27 daqueles autos), o que apenas corrobora a tese de que a parte ora apelada decaiu minimente nos presentes embargos à execução.

Ante o exposto, nos exatos termos acima lançados, nega-se provimento ao recurso. Em razão do ora decidido, os honorários advocatícios são majorados para 11% do valor da condenação, base de cálculo utilizada pela r. sentença, que não foi objeto de impugnação na presente apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000306-30.2020.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que são apelantes CAIXA

SEGURADORA S/A e ANDRE LUIS BERTOLDO VIEIRA INCORPORADORA-EIRELI, é apelada MARIA EVANGELINA DE SOUZA.

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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.441)**

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, 6 de março de 2024.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA DE IMÓVEL - Compradora que pleiteia a rescisão do contrato, diante de surgimento de vícios construtivos - Preço quitado pela compradora com recebimento do imóvel mediante contratação de financiamento bancário com instituição financeira através de alienação fiduciária em garantia - Regular registro em cartório imobiliário - Ato jurídico perfeito e acabado - Possibilidade de conversão em obrigação de fazer - Responsabilidade da empreendedora pela entrega da obra pronta e acabada - Vícios construtivos demonstrados em adequada perícia - Responsabilidade objetiva presente - Determinação para que a construtora providencie a realização das obras necessárias para corrigir as falhas apontadas no laudo pericial - Danos morais, contudo, não caracterizados - Vícios construtivos que não impediram a fruição do imóvel - Sentença, em parte, reformada - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação rescisão contratual cumulada com indenizatória julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 562/568, de relatório adotado.

Apela a ré alegando, preliminarmente, nulidade da sentença por julgamento "extra-petita"; no mérito, alegando que os danos morais não restaram comprovados (fls. 571/579). Contrarrazões (fls. 585/588).

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

A autora pede a rescisão contratual do compromisso de compra e venda

do imóvel objeto dos autos e a restituição dos valores pagos, diante dos vícios construtivos encontrados, merecendo indenização pelos danos morais sofridos.

A r. sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos para, afastado o pedido de rescisão contratual, converter em obrigação de fazer para condenar a ré aos reparos necessários apontados no laudo pericial, no prazo de 60 (sessenta) dias, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais), limitada a R$ 10.000,00, além de indenização a título de danos morais, fixada em R$ 10.000,00 (dez mil reais), condenada a ré ao ônus de sucumbência, arbitrada a verba honorária em 15% sobre o valor atualizado da condenação.

Daí o apelo da ré.

De início, no caso dos autos, não há que se falar em rescisão contratual, uma vez que a autora quitou integralmente o preço através de alienação fiduciária em garantia com a credora fiduciária Caixa Econômica Federal (fls. 10/22), que pagou integralmente o preço à construtora, sub-rogando-se no crédito, com concessão de financiamento em parcelas à autora, não havendo que se falar em rescisão contratual e restituição de valores de cujo imóvel já fora quitado o preço em face da construtora ré.

E embora a autora não tenha feito pedido expresso de obrigação de fazer na petição inicial, possível a conversão em obrigação de fazer, diante da impossibilidade jurídica do pedido de rescisão, para o correto deslinde da controvérsia.

Recomenda o princípio da economia processual que se obtenha o máximo resultado na atuação da lei com o mínimo emprego possível de atividades processuais.

O moderno processo dispensa formalidades inúteis e que, em realidade, apenas aumentam os custos para o alcance da solução sendo, por consequência, possível a formulação de conversão em obrigação de fazer, considerando-se, inclusive, que já foi realizado trabalho pericial sobre o imóvel objeto dos autos.

Objetividade, economia e redução do prazo para a definitiva solução cumprindo anotar que o processo representa o veículo utilizado pelas partes para a solução do conflito e nada mais além desse limite.

Daí que o exacerbado apego à forma, em casos de inexistência de prejuízo para as partes, não guarda qualquer relação com a solução a envolver o mérito da pretensão, pois a ré pôde se defender de todas as provas produzidas, tendo sido respeitado o contraditório e a ampla defesa.

Imprescindível, portanto, a relativização de determinados regramentos processuais, que sempre deverão ser consideradas à luz dos princípios da instrumentalidade das formas e do prejuízo ("*pas de nullité sans grief*") que, no caso, autoriza a conversão em obrigação de fazer.

Sob qualquer circunstância, cuidou a d. Juíza de limites decorrentes do próprio conflito, abrangida no espaço integral do litígio sendo, inclusive, exigível do juízo a solução no sentido de tornar completa a prestação jurisdicional,

Acesso ao Sumário

não havendo que se falar em julgamento "*extra-petita*" ou "*ultra-petita*", restando rejeitada a preliminar invocada.

Além do mais, cabe aqui observar que "*o nosso direito prestigiou os princípios do 'jura novit cúria› e do ‹da mihi factum, dabo tibi jus'. Isso significa que a qualificação jurídica dada aos fatos narrados pelo autor não é essencial para o sucesso da ação. Tanto que o juiz pode conferir aos fatos qualificação jurídica diversa da atribuída pelo autor* (RSTJ 111/139), sendo que "*O juiz aplica o direito ao fato, ainda que aquele não tenha sido invocado*" (STJ-RSTJ 21/432).

Quanto ao mérito, logrou a autora demonstrar que, mesmo com o surgimento dos problemas, omisso foi a ré no tocante ao pronto atendimento e apresentação, nos limites de sua obrigação, de solução adequada para afastar todo o risco existente para a digna ocupação do imóvel.

Essa omissão - o não atendimento desde logo - não poderá implicar em prejuízo da autora, que teve que suportar todas as sequelas do inadequado acabamento e a má execução das obras.

Por sinal, o levantamento técnico realizado, laudo constante às fls. 499/542, bem retrata o quadro apresentado e revela, à evidência, os vícios encontrados na unidade da autora.

Segundo os apontamentos da perícia, com relação à causa dos danos encontrados no imóvel, chegou-se à seguinte conclusão (fls. 508/513:

"*A relevância do assunto é o relacionamento entre a **causa e o efeito**, determinando se a causa foi apenas instantânea ou se mostra tendência de progredir; outro fator ligado à causa é a **origem** desta, cuja natureza podemos classificar em:*

***(A) -ENDÓGENOS** - são os fatores inerentes à própria edificação, tais como: projetos, serviços e instalações mal executadas, materiais de má qualidade e/ou aplicados inadequadamente, modificações no decorrer da obra, etc.*

***(B) - EXÓGENOS** - são todos os fatores externos à edificação, isto é, produzidos por terceiros, como sejam escavações de vizinhos, rebaixamentos de lençol freático, estaqueamentos, vibrações de máquinas, etc.*

***(C) -NATURAL** - quando a origem é por ação da natureza como: inundações, infiltrações subterrâneas, diminuição natural do teor freático, acomodações do solo e de suas camadas subjacentes, ação do calor, dos ventos, etc.*

***(D) -FUNCIONAL** - quando a origem é proveniente da degradação - desgaste pelo tempo de uso.*

'Esses fenômenos, ocorrem tanto nas obras de alvenaria, como nas estruturadas - edifícios, obras de arte, etc.'

5. CONCLUSÕES:

Acesso ao Sumário

Quando num determinado momento, uma edificação não apresenta mais o desempenho esperado de alguns de seus componentes ***concluímos que existe um problema patológico.***

Tratam-se de irregularidades e/ou vícios de construção, que se manifestam afetando a funcionalidade dos diversos componentes: estrutura, instalações, pisos, pinturas, revestimentos, etc.

Esses vícios são significativos, quando estão afetando a saúde e a segurança dos moradores da edificação; portanto, devem ser imediatamente reparados.

Analisando-se as anomalias constatadas, concluímos que estão ocorrendo no imóvel da ***autora*** *e nas áreas comuns, as hipóteses previstas nos itens retro elencados:* ***(A)*** *e* ***(D)****.*

Concluímos como anomalias de ***natureza endógena****, devido a aplicação de materiais inadequados e por serviços mal executados* ***(A)****; observam-se também outras anomalias, relacionadas ao desgaste natural pelo uso e pela idade da edificação, cabendo intervenções de manutenção do condomínio nas áreas comuns e da autora na sua unidade* ***(D)****.*

Passamos a seguir, a enunciar as ***anomalias de origem endógena*** *no imóvel da* ***requerente****, classificadas como vícios construtivos, que devem ser sanados pelo* ***requerido****:*

a) *O* ***desplacamento dos pisos cerâmicos****, é uma patologia que pode ocorrer por diversos motivos:*

**deficiência dos substratos (contrapiso) fraco e sem aderência;*

**uso de argamassa colante com prazo vencido, ou ainda, do tipo inadequado; existem 3 tipos, conforme indicado nas embalagens:*

- AC I *(indicada para revestimentos internos)*

- AC II *(indicada para revestimentos internos e externos)*

- AC III *(aderência superior as do tipo I e II)*

**dosagem incorreta de água no preparo das argamassas: na água adicionada a argamassa colante, parte é consumida pela hidratação do cimento, outra parte absorvida pelo substrato e outra pela peça cerâmica durante o assentamento; essas perdas acumuladas, reduzem a aderência do revestimento ao substrato;*

**muita umidade ou temperatura ambiente alta;*

**ausência de espaçamento entre as peças;*

**falhas diversas de mão de obra como: assentamento das peças cerâmicas, além do "tempo em aberto", conforme preconiza a norma NBR-14.083 e indicado na embalagem pelo fabricante da argamassa;*

**uso de desempenadeira dentada do tipo e dimensão incompatível com a peça a ser assentada (v. NBR 13.753, 13.754 e 13.755);*

**molhar ou mergulhar em água previamente, as peças cerâmicas que se-*

Acesso ao Sumário

rão assentadas com argamassa colante, é outro equívoco que pode causar o descolamento das peças.

***b.) Ineficiência do revestimento das fachadas**; o problema mostra-se localizado, dando origem as infiltrações, comprometendo o revestimento e a pintura dos ambientes, formando bolor e tornando o local úmido, insalubre e com manchas espaçadas, de péssimo aspecto; o bolor ou mofo, é definido como sendo a colonização de fungos que atingem o substrato (argamassas); nocivos à saúde, agravando problemas respiratórios.*

*A umidade acumulada nas fachadas, oriunda das chuvas, interfere negativamente no desempenho do revestimento externo; atinge os rejuntamentos, cujas principais funções são a **estanqueidade** e **absorção das deformações**, que o conjunto pode sofrer, além da questão estética.*

***c.) Refluxo de água pelo ralo** na área de serviço; ocorre por obstrução do ramal de interligação até a prumada de esgotamento domiciliar - **TE1**, ou então, por obstrução da própria prumada; observando o projeto de hidráulica que recebemos do sr. assistente do **requerido**, verificamos que existem 4 prumadas junto a parede que divide as unidades finais **3** e **4**, dentre elas a prumada supra citada, que recebe os dejetos e águas servidas (banho, tanque, máquina de lavar, etc.); a tubulação que recebe a água suja após os ciclos de uso da máquina, deve ser lançada diretamente na **TE1**; se lançada diretamente no ralo seco de 100 mm., este não dá vazão ao volume despejado pela máquina, causando o refluxo.*

***d.) Registro de gaveta** com acabamento bruto, com volante de ferro, sem manopla; trata-se de acessório incompatível para ambientes habitados, devido a difícil manuseio e manutenção, além da questão estética. Esse tipo de registro é mais utilizado em ambientes externos, inclusive no barrilete da caixa d`água; conforme mostrado na série fotográfica, ocorreu um vazamento na adaptação desse registro, causando vazamento que danificou o revestimento.*

***f) manchas escuras no teto do banheiro** - cabe verificação na instalação hidráulica no banheiro da unidade sobrejacente - **apto 43**; há um vazamento a ser corrigido, que danificou a cantoneira de gesso junto ao teto. (...).*"

Nestas circunstâncias, demonstradas as faltas, efetiva a responsabilidade da ré.

No caso, a autora demonstrou, com segurança, todos os vícios existentes, configurado o nexo obrigacional sendo que a apelante, responsável pela edificação, embora com o ônus, não se desincumbiu de afastar esse ônus direto e de seu limite de atenção e cuidados.

Na lição de Sílvio de Salvo Venosa, "*Parte o legislador do pressuposto de que o dono da obra não tem como avaliar de plano, ou em menor prazo, a exce-*

Acesso ao Sumário

lência e perfeição da obra" (Direito Civil: contratos em espécie, 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, vol. 3, p. 241), fator relevante a sustentar, diante conteúdo probatório técnico, o direito da autora em ter o seu imóvel reparado em face dos vícios apurados e demonstrados, todos de responsabilidade da vendedora.

O prazo fixado de 60 (sessenta) dias mostra-se mais do que razoável para que a ré providencie a execução dos reparos, não havendo qualquer obstáculo para a obrigação aqui imposta.

Contudo, a indenização fixada pelos apontados danos morais deve ser afastada.

Não ocorreram, no caso, transtornos e aborrecimentos capazes de autorizar a fixação de uma indenização a título de danos morais, pois os vícios encontrados na unidade da autora não configuraram defeitos graves que impedissem a fruição do imóvel, pois não foi constatado qualquer vício na estrutura da edificação que pudesse causar a sua inabitabilidade.

Sobre os temas suscitados, na jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça:

"*APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO. Autora alega ter firmado, com a ré, instrumento particular de venda e compra com financiamento imobiliário e pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia pelo sistema financeiro de habitação SPH, vindo a constatar, posteriormente, defeitos na construção da moradia. Parcial procedência dos pedidos formulados na petição inicial para condenar a companhia ré a efetuar todos os reparos necessários na unidade autônoma da autora, nos termos da prova pericial produzida, no prazo de 60 (sessenta) dias, ficando a parte autora autorizada a realizar o conserto às suas expensas, em hipótese de inércia da ré, possibilitando-se a cobrança posterior. Inconformismo da autora, que reclama a procedência do pedido concernente aos danos morais. Ré que, noutra via, aduz ser parte ilegítima e pugna a denunciação da lide. Não acolhimento. 1. Relação tipicamente consumerista, com consumidor (art. 2º, 'caput', do CDC), fornecedor (art. 3º, 'caput', do CDC) e produto (art. 3º, § 1º, do CDC) bem delineados. 2. Finalidade lucrativa não constitui pressuposto ao reconhecimento da relação de consumo. Precedentes. 3. Denunciação da lide que é vedada pelo art. 88 do CDC. 4. Responsabilidade da ré no tocante aos danos materiais experimentados pela autora suficientemente demonstrada. 5. Nos termos da jurisprudência do STJ, o simples inadimplemento contratual, em regra, não configura abalo moral indenizável, devendo haver a comprovação de consequências fáticas capazes de ensejar a fixação de indenização por dano extrapatrimonial, ônus do qual não se desincumbiu a autora. Inteligência do art. 373, I, do CPC. 6. Sentença mantida, com majoração*

Acesso ao Sumário

da verba sucumbencial. 7. RECURSOS DESPROVIDOS." (8ª Câmara D. Privado, Apelação cível nº 1019175-57.2022.8.26.0562, Rel.ª Des.ª Clara Maria Araújo Xavier, j. 28.02.2024, v.u.);

"*COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - Sentença que reconheceu a responsabilidade da ré pelos vícios construtivos constatados no imóvel do autor, condenando-a à reparação dos danos materiais, mas afastou os danos morais - Recurso de ambas as partes. Existência de relação de consumo entre as partes que não se descaracteriza pelo fato de a ré ser empresa pública, sem finalidade lucrativa e por oferecer habitação popular por meio de programas sociais - Ré que oferece imóveis no mercado de consumo e se enquadra no conceito de fornecedora, nos termos dos arts. 2° e 3°, do Código de Defesa do Consumidor. LEGITIMIDADE - CDHU que não atua como mera estipulante, mas como verdadeira responsável pela construção e fiscalização do empreendimento, devendo figurar no polo passivo da demanda - Hipótese de litisconsórcio passivo facultativo, nos termos do artigo 25, §1º, do CDC. Precedentes. DENUNCIAÇÃO Á LIDE DO MUNICÍPIO - Inadmissibilidade nos termos do art. 88 do CDC. Precedentes. VÍCIOS CONSTRUTIVOS - Ausência de controvérsia quanto à existência dos danos constatados no imóvel - Dever de reparar os danos reconhecido por sentença - Laudo pericial que apontou vícios de construção de responsabilidade da ré associados ao emprego de material e mão de obra de baixa qualidade - Obrigação de reparar os danos materiais caracterizada. DANOS MORAIS - Não configuração - Mero inadimplemento contratual - Inexistência de ofensa a direitos da personalidade - Sentença mantida - Recursos desprovidos.*" (6ª Câmara D. Privado, Apelação cível nº 1000737-35.2022.8.26.0383, Rel. Des. Marcus Vinicius Rios Gonçalves, j. 15.02.2024, v.u.);

"*CIVIL. VÍCIO CONSTRUTIVO. CDHU. LEGITIMIDADE PASSIVA. INCIDÊNCIA DO CDC. SOLIDARIEDADE. POSSIBILIDADE DE REGRESSO. PRESCRIÇÃO DECENAL. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO. AUSÊNCIA DE DANO MORAL. 1. A despeito da alegada ausência de interesse econômico, atua a empresa apelante na condição de fornecedora (art. 3º, CDC) e, portanto, a relação jurídica deve ser analisada a partir das disposições protetivas do Código de Defesa do Consumidor. 2. A responsabilidade civil daqueles que integram a cadeia de consumo, por outro lado, é solidária (art. 7º, parágrafo único, e art. 25, §1º, CDC), o que legitima a parte apelante a figurar no polo passivo da relação processual e afasta a necessidade de litisconsórcio passivo. 3. O prazo prescricional aplicável, posto a hipótese versar sobre responsabilidade civil contratual, é de dez anos (art. 205, CC). 4. Quanto ao dano extrapa-*

Acesso ao Sumário

trimonial, a hipótese concreta descreve transtornos que não desbordam daqueles inerentes ao mero inadimplemento do contratual, encontrando-se inseridos no piso de tolerabilidade ao qual todos os que vivem em sociedade estão expostos. 5. Recursos improvidos." (7ª Câmara D. Privado, Apelação cível nº 1000370-36.2022.8.26.0407, Rel. Des. Ademir Modesto de Souza, j. 19.01.2024, v.u.);

"*APELAÇÃO - Ação de Obrigação de Fazer - Propositura por condomínio edilício contra construtora - Alegação de vícios construtivos - Sentença de parcial procedência - Inconformismo da autora - Alegação de imprestabilidade do laudo pericial, necessidade de imposição de medidas coercitivas e caracterização de danos morais Descabimento - Cerceamento de defesa não configurado - Desnecessidade de complementação da prova pericial, uma vez que a conclusão pericial é suficientemente esclarecedora quanto ao objeto da perícia, tendo, o perito fundamentado adequadamente a conclusão apresentada - Prova pericial, ademais, que concluiu, irretorquivelmente, pela ocorrência dos defeitos indicados pelo autor - Necessidade de imposição de medidas coercitivas que devem ser analisadas no âmbito da execução do julgado - Danos morais não configurados - Recurso desprovido.*" (10ª Câmara D. Privado, Apelação cível nº 1020802-82.2018.8.26.0224, Rel. Des. José Aparício Coelho Prado Neto, j. 12.01.2024, v.u.).

E, por fim, quanto à fixação do ônus de sucumbência, a r. sentença também merece reparo.

Configurada a hipótese de sucumbência recíproca, nos termos do artigo 85, parágrafos 2º e 14º e artigo 86 do atual Código de Processo Civil, custas e honorários advocatícios serão repartidos na proporção de 50% para cada parte, sobre a mesma verba honorária arbitrada em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, sendo vedada a compensação de referida verba nos termos do atual estatuto processual, observada a gratuidade judiciária concedida à autora.

Cumpre, portanto, a parcial reforma da r. sentença para afastar a condenação da ré à indenização por danos morais, aplicando-se, quanto ao ônus de sucumbência, a regra prevista no artigo 85, parágrafos 2º e 14º e artigo 86 do CPC, com custas e honorários advocatícios repartidos na proporção de 50% para cada parte, e sobre a mesma verba honorária arbitrada em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, e mantido, no mais, o teor da r. sentença atacada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1014139-06.2022.8.26.0248, da Comarca de Indaiatuba, em que são apelantes T.A.S.S. (REPRESENTANDO MENOR(ES)) e A.L.A.S. (MENOR), é apelado F.L.B.C.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Sustentaram oralmente o Dr. Rubens Galdino Ferreira de Carvalho Filho, OAB/SP 101.463 e a Dra. Gessica Donegal, OAB/SP 387.136.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.514)**

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

São Paulo, 5 de março de 2024.

DANIELA CILENTO MORSELLO, Relatora

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE.

1. Julgamento de improcedência do pedido inicial, que visava compelir a ré ao fornecimento dos equipamentos e órteses descritos nas prescrições apresentadas. Irresignação da autora.

2. Aplicação ao caso da legislação consumerista. Inteligência da Súmula nº 608 do E. STJ. Equipamentos e órteses imprescindíveis à continuidade do tratamento da requerente. Insumos necessários para prevenir a necessidade de intervenções cirúrgicas e a piora do seu estado de saúde.

3. Taxatividade do rol da ANS afastada pela Lei nº 14.454/22. Ausência de impugnação com relação à eficácia dos tratamentos e insumos ou à pertinência de sua indicação ao caso clínico da autora. Abusividade da recusa. Inteligência da Súmula n° 102 deste E. TJSP. Negativa de cobertura que não pode prevalecer. Inteligência do art. 35-F da Lei nº 9.656/98. Precedentes. Sentença reformada.

4. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos em face da r. sentença (fls. 178/181), cujo relatório se adota, que julgou improcedente a ação de obrigação

de fazer, que visava condenar a requerida a custear os equipamentos e órteses descritos na exordial, a pretexto de que são essenciais ao tratamento da autora. Condenou a requerente, ainda, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, ressalvada a gratuidade de justiça concedida.

Irresignada, apela a autora, aduzindo, em suma, que foi diagnosticada com atrofia espinhal progressiva tipo I e necessita do uso de equipamentos e órteses para auxiliar seu tratamento multidisciplinar intensivo. Afirma que referidos insumos são imprescindíveis à continuidade das terapias e à prevenção de atrofias e outras deformidades que podem agravar seu estado de saúde, de modo que devem ser considerados essenciais para a manutenção de sua vida. Argumenta que o relatório médico apresentado demonstra a importância dos equipamentos para prevenir até mesmo cirurgias futuras decorrentes das complicações da doença que a acomete. Alega que a conduta da requerida é abusiva, sobretudo porque o artigo 35-F da Lei nº 9.656/98 dispõe que cabe ao plano de saúde providenciar todas as ações necessárias à prevenção de doenças e à reabilitação dos conveniados. Assevera que a Lei nº 14.454/2022 expressamente dispõe que o rol da ANS é meramente exemplificativo e pode ser mitigado quando comprovada a eficácia do tratamento, o que ocorreu no caso em análise. Pugna pela reforma da r. sentença recorrida, para que os pedidos iniciais sejam totalmente acolhidos, com a inversão dos ônus da sucumbência (fls. 188/208).

Recurso tempestivo, isento de preparo e respondido (fls. 212/218).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do apelo da requerente (fls. 237/240).

É o relatório.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer ajuizada por A. L. A. S. em face de F. L. de B. C. (H. S), aduzindo que é beneficiária do plano de saúde mantido pela ré e possui diagnóstico atrofia muscular tipo I (CID10 G12.0), motivo pelo qual o neurologista e demais profissionais que acompanham seu tratamento intensivo recomendaram o uso de "*um par de tutores longos com haste para correção de valgismo; um par de órtese SMO, para correção de pronação nos pés; um par de tala extensora; headpod; dois theratogs; órtese abdutor de polegar com barra de punho articulada bilateral; órtese de posicionamento para membro superior*" (fls. 39/41 e fls. 82/88).

Contudo, a ré recusou o custeio dos referidos insumos, sob o fundamento de que eles não constam no rol de procedimentos obrigatórios da Agência Nacional de Saúde (ANS) e que podem ser excluídos da cobertura, nos termos do artigo 17, VII da Resolução nº 465/2021 da referida agência.

Ao proferir a r. sentença recorrida o magistrado de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos, por entender que a demandada não pode ser compelida ao fornecimento de órteses, próteses e acessórios não ligados a atos

Acesso ao Sumário

cirúrgicos.

Pois bem.

Aplica-se ao caso em tela o Código de Defesa do Consumidor, em observância da Súmula n° 608 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, conferindo-se ao beneficiário do plano de saúde ampla proteção contratual, não apenas por se tratar de parte hipossuficiente nos contratos firmados com as operadoras, mas também por gozar do direito fundamental à saúde.

Os documentos acostados aos autos descrevem o diagnóstico da autora (fls. 39/41 e fls. 82/88), as consequências graves e progressivas da doença que a acomete, bem como a necessidade dos equipamentos e órteses indicadas na exordial, como parte integrante do seu tratamento e da prevenção da piora do seu estado de saúde, que poderiam levar, inclusive à necessidade de procedimentos cirúrgicos futuros.

Nesse sentido, o fisioterapeuta que acompanha a requerente minudenciou as funções dos equipamentos prescritos e sua imprescindibilidade para a continuidade do tratamento da requerente (fls. 82/83):

> "*Um par de tutores longos com haste para a correção de valgismo: Para promover a estabilidade das articulações de joelho tornozelo e pé, realizar ortostatismo e descarga de peso, e correção do valgismo dos joelhos, que apresentam comprometimento devido o quadro da paciente.*
> *Um par de Órtese Supra Maleolar (SMO): Para correção de pronação nos pés. Tem como finalidade, promover a estabilidade articular do tornozelo, neutralizando os desvios em pronação do retropé, que ocorrem na articulação subtalar, mantendo um posicionamento natural e anatômico.*
> *Um par de tala extensora: É um dispositivo de assistência utilizado durante o atendimento terapêutico auxiliando em posturas, e estabilizando membros que o paciente apresenta dificuldade.*
> *Headpod: Utilizado nas terapias para auxiliar no controle cervical, proporcionando o posicionamento correto da cabeça e pescoço, favorecendo o alcance do centro gravitacional, e maior interação com o ambiente, previne deformidades musculoesqueléticas, facilita a respiração, diminui a perda de saliva, auxilia o terapeuta nas práticas diárias, melhorando a ergonomia e evitando lesões.*
> *2 TheraTogs: É uma roupa velcro-sensível, que age como uma segunda pele e permite a colocação de faixas com fitas de silicone especialmente desenhadas para permitir o alinhamento postural do paciente, e uma maior descarga de peso nos tornozelos, auxilia no treino de marcha e previne deformidades musculoesqueléticas*".

Com relação às órteses de polegar e para posicionamento de membro superior, a fisioterapeuta descreveu que elas têm a função de favorecer a extensão do punho, limitando sua flexão (fls. 40).

Acesso ao Sumário

E, ainda, o neurologista que acompanha a infante enfatizou que "*de acordo com o quadro da paciente, os dispositivos mencionados nesta solicitação, são de extrema importância para a qualidade de vida da mesma, pois, devem ser utilizados de forma contínua, desde à realização das terapias até às orientações passadas pelos terapeutas*" (fls. 39).

Ainda sobre a imprescindibilidade dos insumos para o tratamento, constou do relatório (fls. 84/85): "*Paciente apresenta quadro de acometimento motor, tem encurtamento em MMII, pés em equino valgo, não deambula, mantém sedestação e ortostatismo somente com dispositivos de auxílio, acúmulo de secreção nas vias aéreas superiores. No momento é trabalhado fortalecimento, posição ortostática, estímulo sensorial, marcha, sedestação, descarga de peso e manutenção de vias aéreas. Paciente necessita para segmento de terapia e atividades de vida diária os seguintes equipamentos (...)*" (grifo nosso).

Sobre a função preventiva dos equipamentos, os fisioterapeutas salientaram que "*de acordo com o estudo de Hiangkiat Tan e colaboradores (2019), no qual o estudo foi realizado com 341 crianças com diagnóstico de atrofia muscular espinhal (AME), os autores destacam a importância dos dispositivos citados acima para o tratamento e prevenção das disfunções nesta população e vale salientar que os autores levantaram os gastos realizados com cirurgias e medicamentos nesta população que poderiam ser evitados com a prevenção na qual os dispositivos citados podem evitar*" (fls. 82/83 - grifo nosso).

Assim, identificada a enfermidade que acomete a demandante e indicados os tratamentos e insumos imprescindíveis à sua reabilitação, não pode a requerida negar-se a disponibilizá-los, sob o singelo argumento de que eles não constam do rol da ANS.

Outrossim, as peculiaridades do caso concreto e a gravidade do quadro de saúde da infante permitem afastar a alegação de que o fornecimento dos equipamentos extrapolaria os limites do contrato de saúde, porquanto os relatórios médicos, repita-se, evidenciam que os instrumentos indicados são essenciais, neste momento, para a continuidade do tratamento e para a tutela da saúde da autora.

Nesse contexto, a negativa de cobertura, com base em dispositivo legal que desobriga a agravada de fornecer órtese e equipamentos não relacionados a ato cirúrgico, não merece prosperar, pois se aplica ao caso o artigo 35-F da Lei nº 9.656/98, *in verbis*:

> "*Art. 35-F. A assistência a que alude o art. 1o desta Lei compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes*" - grifos nossos.

Impende frisar, ainda, que somente o médico que assiste a paciente e que, por isso, possui pleno conhecimento de todos as particularidades de seu quadro clínico, tem a aptidão para decidir o tratamento mais apropriado, nos termos da

Acesso ao Sumário

Resolução nº 1.246/88 do Conselho Federal de Medicina, do Código de Ética Profissional, bem como dos incisos V e VIII do Cap. 1 da Resolução nº 1.931/09 do Conselho Federal de Medicina.

Consoante entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, "*o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura, e que é abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento, medicamento ou procedimento imprescindível, prescrito para garantir a saúde ou a vida do beneficiário*" (AgInt no REsp nº 1.810.061; Relator Raul Araújo; julgado 05.12.2019).

E não discrepa desse posicionamento a Súmula n° 102 deste Egrégio Tribunal de Justiça: "*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*".

Não se olvida que o C. Superior Tribunal de Justiça decidiu, no julgamento dos EREsps nº. 1.886.929/SP e nº 1.889.704 SP, que o rol dos procedimentos previstos pela ANS em regra é taxativo.

Porém, em situações excepcionais o Poder Judiciário pode impor o custeio de tratamentos pelas operadoras de plano de saúde, quando comprovada a deficiência estrutural e sistêmica da lista preparada pela autarquia responsável pela saúde complementar no Brasil, decorrente da morosidade do seu processo de atualização, que é precisamente o caso dos autos.

A propósito, oportuno transcrever lúcido trecho de acórdão da lavra do Ilustre Desembargador **FRANCISCO LOUREIRO**, proferido em caso análogo:

> "*Cumpre reconhecer que admitir a tese da recorrente significaria dizer que em poucos anos dezenas ou centenas de novas técnicas estariam excluídas de cobertura contratual, em manifesto detrimento dos segurados. Afinal, entre a aceitação de novos procedimentos pela comunidade científica médica e os demorados trâmites administrativos de classificação, não pode o paciente permanecer a descoberto, colocando em risco bens existenciais. Evidente que não pode um catálogo de natureza administrativa como o da ANS contemplar todos os avanços da ciência, muito menos esgotar todas as moléstias e seus meios curativos usados com base científica. Por isso, a pretendida exclusão do custeio desse tratamento somente poderia ser acolhida se houvesse manifesto descompasso entre a moléstia e a cura proposta, o que não é o caso dos autos, não se tratando, sequer, de tratamento tido por experimental*" (Apelação Cível n° 1027056-08.2021.8.26.0114; 1ª Câmara de Direito Privado. Relator Francisco Loureiro; j. 17.04.2023).

Outrossim, a Lei nº 14.454/22, ao inserir os parágrafos 12 e 13 no artigo 10 da Lei nº 9.656./98, afastou a taxatividade do rol do ANS e ampliou a cober-

Acesso ao Sumário

tura dos procedimentos cobertos pelos planos de saúde, ao dispor:

"*§ 12. O rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado pela ANS a cada nova incorporação, constitui a referência básica para os planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e para os contratos adaptados a esta Lei e fixa as diretrizes de atenção à saúde.*

§ 13. Em caso de tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente que não estejam previstos no rol referido no § 12 deste artigo, a cobertura deverá ser autorizada pela operadora de planos de assistência à saúde, desde que:

I - exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou

II - existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais."

In casu, a requerida limitou-se a impugnar a cobertura dos equipamentos indicados à autora, sem questionar sua imprescindibilidade para a eficácia dos tratamentos já realizados ou a pertinência de sua indicação ao respectivo caso clínico, de modo que não se desincumbiu do ônus de comprovar a existência de fato impeditivo ou modificativo do direito da requerente.

Não houve, também, a indicação específica de outros tratamentos elencados no rol da ANS que possam substituir, de modo eficaz, as terapias recomendadas pelos profissionais que acompanham a demandante.

Aliás, os equipamentos pleiteados são usualmente utilizados para o tratamento de amiotrofia espinhal[1], sobretudo pela imprescindibilidade de intensos cuidados motores, ortopédicos e respiratórios, de modo que não verifica descompasso entre as terapias indicadas, seus respectivos acessórios, e a doença da requerente, devendo prevalecer, por conseguinte, a prescrição médica.

Salienta-se, ainda, que a Lei nº 9.656/98 e as cláusulas contratuais devem ser interpretadas à luz dos princípios da boa-fé contratual e da função social do contrato, bem como das disposições da legislação consumerista, sobretudo no tocante à proteção à vida, saúde e segurança do consumidor, na prevenção de danos e na adequada e eficaz prestação de serviços (art. 6°, I, VI e X do Código de Defesa do Consumidor).

Além disso, a proteção aos consumidores que utilizam planos de saúde deve ser ampla o suficiente para garantir o efetivo amparo de sua integridade física e psíquica, sob pena de se negar validade ao próprio objetivo da avença, que é propiciar adequada assistência médico-hospitalar.

1 Nesse sentido: < https://www.scielo.br/j/jped/a/wfPCsMcS4z6xcRVNxct8btf>; Acesso em 15.02.2024.

Acesso ao Sumário

Nesse diapasão, a exclusão dos equipamentos pleiteados deve ser considerada abusiva, nos termos do artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, por ferir a boa-fé objetiva e pelo risco de que torne ineficaz o tratamento proposto e a própria finalidade do contrato de plano de saúde.

Em casos análogos, confira-se o posicionamento desta C. 9ª Câmara de Direito Privado:

"*PLANO DE SAÚDE. Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais. APELO DA RÉ. Insurgência em face do trecho da r. sentença que determinou o fornecimento de tratamento multidisciplinar com a inclusão de equipamentos ("theratogs kit clínico e carrinho completo com todos os acessórios Stingray ou bingo"). Negativa com base em exclusão contratual e alegação de falta de previsão do procedimento no rol da ANS. Abusividade. Súmula n. 102 do TJSP. Plano de saúde que não pode decidir sobre o melhor tratamento, inclusive, no caso concreto, em relação aos equipamentos especificados. Precedentes. APELO DA AUTORA. Lesão anímica passível de reparação pecuniária reconhecida. Indenização fixada em R$10.000,00. RECURSO INTERPOSTO PELA RÉ DESPROVIDO E PROVIDO O APELO DA AUTORA.*" (Apelação Cível nº 1047724-69.2021.8.26.0576; Relator Wilson Lisboa Ribeiro; j. 31.07.2023 - grifo nosso);

"*PLANO DE SAÚDE - Negativa de cobertura de órtese indicada à autora - Procedência bem decretada - Abusividade reconhecida - Alegação de que o tratamento não consta do rol de procedimentos da ANS nem do contrato, bem como que a órtese não está ligada a ato cirúrgico - Inadmissibilidade - Empresa prestadora de serviços de assistência médica que não pode interferir na indicação feita pelo médico - Aplicação de novas técnicas que decorrem da evolução da medicina, sendo exigível, para defesa do consumidor a especificação de não cobertura nos contratos - Pedido médico que justifica a necessidade de utilização da órtese como o melhor método para tratamento da doença atinge a autora - Dever de disponibilizar a* órtese indicada à autora - Recurso desprovido" (Apelação Cível n° 1085630-32.2022.8.26.0100; Relator Galdino Toledo Júnior; j. 28.07.2023);

"*Apelação. Plano de saúde. Obrigação de fazer cobertura de tratamento e fornecimento de insumos. Paciente diagnosticado com paralisia cerebral, leucomalácia e epilepsia, com terapêutica recomendada de fisioterapia intensiva e equoterapia. Recusa na cobertura das sessões de equoterapia, limitação ao número de sessões de fisioterapia e negativa de fornecimento de órteses, medicamentos, fraldas, cadeira de rodas e equipamentos adaptados. Sentença de parcial procedência. Inconformismo das partes. Parcial acolhimento da pretensão autora e não acolhimento*

da pretensão da ré. Havendo a cobertura contratual da moléstia, ponto incontroverso, e não havendo impugnação consistente quanto à essencialidade da forma de administração de terapêutica prescrita pelo médico, fica acolhido o pedido cominatório, para permitir que o procedimento terapêutico seja realizado consoante a prescrição médica, nas especialidades informadas. Limitação do tratamento necessário ao restabelecimento da autora, por intermédio da fixação de número absoluto de sessões possíveis por ano, configura abusividade, porquanto não assegura assistência eficaz e integral à saúde. Aplicação das Súmulas nº 96 e 102 deste E. Tribunal e 302 do Superior Tribunal de Justiça. Excepcionalidade do caso concreto e frágil quadro clínico da menor justificam o fornecimento dos insumos pleiteados, indispensáveis à sobrevivência do autor. Salvo quanto aos projetos arquitetônicos em sua residência, deve ser reconhecido o direito da parte autora de obter o custeio do tratamento intensivo de fisioterapia e da equoterapia, bem como de fornecimento dos medicamentos prescritos e demais insumos necessários ao tratamento domiciliar do infante (equipamentos, órteses, fraldas, cadeiras de rodas, adaptações de equipamentos), informados à inicial e indicados pelos seus médicos assistentes. Recurso da ré não provido e parcialmente provido o recurso da autora" (Apelação Cível nº 1001938-09.2019.8.26.0176; Relator Piva Rodrigues; j. 08.03.2021 - grifo nosso).

Em suma, deve ser reformada a r. sentença recorrida, para que seja julgada procedente a pretensão inaugural e, por via de consequência, invertidos os ônus decorrentes da sucumbência.

Pelo exposto, **dá-se provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1012574-39.2023.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante MAGALI GONÇALVES GOMES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO MERCANTIL DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com determinação e imposição de multa e litigância de má-fé. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39440)**

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

São Paulo, 5 de março de 2024.

Acesso ao Sumário

JACOB VALENTE, Presidente e Relator

Ementa: REVISÃO - CONTRATO EMPRÉSTIMO PESSOAL NÃO CONSIGNADO - JUROS TIDOS POR ABUSIVOS C/C REPETIÇÃO DOBRADA e INDENIZAÇÃO - Ação julgada improcedente - Insurgência pela autora - Desacolhimento - Juros previstos no contrato que não se mostram abusivos, e foram respeitados na fixação do valor das parcelas - Constatação de que a afirmação feita pela autora em sua petição inicial e ratificada em suas razões de apelação constituem alteração da verdade dos fatos - Autora que trouxe documento que desmente suas próprias afirmações - Empréstimo contratado para pagamento em duas parcelas, não logo após a contratação, mas mais de dois anos depois - Evidente a conduta temerária da autora - Situação dos autos que justifica a manutenção íntegra da sentença apelada - Taxa contratada e aplicada que não superou a taxa média de mercado - Evidências de que os advogados da autora pulverizam ações sem justificativa, alterando a verdade dos fatos, que justifica o deferimento do pleito de expedição de ofício ao NUMOPED para apuração - Reconhecimento, ainda, de prática de ato de litigância de má-fé, com imposição de multa no valor equivalente a 9.9% sobre o valor atribuído à causa - Hipótese de manutenção íntegra da sentença, com determinação e imposição de penalidade - Recurso desprovido, com determinação e imposição de penalidade, nos termos do acórdão.

VOTO

1. Trata-se de recurso de apelação tirado contra a r. sentença que julgou improcedente a ação de revisão contratual c/c pedido de repetição de indébito e indenização por dano moral que MAGALI GONÇALVES GOMES moveu em face de BANCO MERCANTIL DO BRASIL S/A e através da qual pretendia a redução dos juros do contrato de empréstimo pessoal não consignado que firmou com o réu para a taxa média de mercado, argumentando que, a despeito de prevista taxa de juros de 4,5% a.m. foi efetivamente aplicada taxa de 141,43% a.m., porquanto, após mutuar a quantia de R$ 209,00 se viu obrigada ao pagamento de duas parcelas de R$ 356,82 cada.

Acesso ao Sumário

O 'decisum' afastou o pleito da autora sob o fundamento de que o ajuste foi previamente conhecimento e livremente pactuado pela autora, que em seus cálculos não considerou a autorizada capitalização dos juros, devendo prevalecer o *pacta sunt servanda*, além de não ter sido comprovado dano moral.

Por conta da sucumbência, a autora ficou condenada a pagar as custas e as despesas processuais, além dos honorários do adverso, arbitrados em 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade sob a qual litiga.

Inconformada, apela esta - fls. 302/314 - aduzindo, em síntese, que o banco agiu de maneira ardilosa ao descumprir os termos do contrato avençado entre as partes, conforme comprovado pelo cálculo coligido à petição inicial que não foi objeto de impugnação específica (art. 341/CPC) e comprova a ocorrência de abusividade autorizando sua revisão, a teor quanto previsto no CDC.

Narra que firmou contrato com previsão de incidência de juros de 4,5% ao mês, mas que o banco aplicou efetivamente taxa de juros de 141,43% a.m. o que se comprova pelo simples passar de olhos sobre o valor mutuado de R$ 209,00 e previsão de pagamento de duas parcelas de R$ 356,82 cada, demonstrando que, além de descumprir o contrato, ainda cobrou juros abusivos, em evidente afronta ao CDC e ao REsp. repetitivo nº 1.061.530/RS.

Asseverando que a taxa média de juros divulgada pelo BACEN para o mesmo tipo de operação e época era de 5,13% ao mês, conforme demonstrativo coligido aos autos; ser patente a má-fé do banco, justificando o acolhimento do pleito de repetição dobrada, além de ser evidente o dano moral suportado em decorrência do descumprimento contratual por parte do banco, clama pela reforma da decisão, com inversão do ônus da sucumbência e fixação de honorários em pelo menos um salário mínimo, citando julgados que corroboram suas teses.

Recurso formalmente em ordem, devidamente processado, sem preparo, considerando que a autora litiga sob o benefício da gratuidade da justiça, com resposta às fls. 318/336, com pleito de reconhecimento de advocacia predatória e apenamento da parte por litigância de má-fé.

Houve oposição ao julgamento do presente recurso de forma virtual por parte da autora às fls. 349 dos autos, ao argumento de que pretende realizar sustentação oral.

É o relatório do necessário.

2. Por presentes os pressupostos processuais de admissibilidade recursal, passa-se à análise do apelo.

Depois de detida análise dos autos, conclui-se que os reclamos da autora não comportam acolhida, como será demonstrado.

É incontroverso que as partes firmaram o contrato de empréstimo não consignado nº 910000778985, através do qual foi mutuado o valor de R$ 209,00 a ser quitado por meio de duas parcelas de R$ 356,82, totalizando ao final o pagamento da quantia de R$ 713,64, que, se comparada sem cautela ao valor

Acesso ao Sumário

efetivamente mutuado de R$ 209,00, poderia ser considerada exorbitante.

Porém, a própria autora, por seus advogados **Raphael Paiva Freire** e **Gustavo Nonato Bertoldo**, trouxe com a petição inicial o documento de fls. 28/29, dando conta de que o contrato foi celebrado em **08/07/2020**, a primeira parcela avençada para pagamento em **setembro de 2022** e a segunda e última parcela em **dezembro de 2022**.

Logo, a apresentação da conta de fls. 30, informando financiamento singelo para pagamento em duas parcelas não corresponde à verdade; ao contrário, constitui tentativa de induzir o Poder Judiciário a erro, pois omite o fato de que as duas parcelas do financiamento foram contratadas para pagamento **mais de dois anos depois**.

Apesar de o banco requerido ter informado, em contestação, que respeitou os termos contratados, ou seja, a taxa de juros de apenas 4,50% a.m. e 69,58% a.a., conforme se infere das fls. 28/29 dos autos, e de o magistrado ter consignado em sua sentença de improcedência que "*Os cálculos apresentados pela parte autora às fls. 30/33 dos autos, no entanto, não levaram em conta a capitalização mensal dos juros, nem o custo efetivo total do financiamento, de 4,50% a.m. e 69,59% a.a. (fl. 28), correspondente aos juros remuneratórios pactuados, de 4,50% ao mês e 69,58% ao ano, e aos encargos incidentes sobre a operação de crédito, englobando tributo e outras despesas cobradas do consumidor*" (fls. 296), em apelação a autora, por seus mesmos advogados, volta a afirmar, contra a prova dos autos produzida por ela própria, que:

> "*Com o resultado de tal apuração financeira, feita consulta na calculadora do cidadão no site do Banco Central, ficou evidenciado, que o negócio jurídico não foi pautado sob o princípio da boa-fé, vez que, as partes acordaram no instrumento contratual, um financiamento de R$ 209,00 (duzentos e nove reais), com a aplicação de uma taxa de juros de 4,50% ao mês, sendo, que na verdade, a taxa que vem sendo efetivamente cobrada é de 141,439520% ao mês, conforme se comprovou*" (fls. 305).

Forçoso reconhecer que assiste razão ao apelado quando afirma, em suas contrarrazões:

> "*In casu, extrai-se do teor dos termos do contrato juntado aos autos que foram pactuados juros de 4,50% a.m. e 69,58% a.a., (fls.28). Por sua vez,* ***a taxa média de mercado apontada para a data da contratação, conforme índices divulgados pelo BACEN no período da contratação, foi de 5,13% ao mês e 82,32% ao ano (fls. 275). Destarte, sendo a taxa contratual avençada entre as partes é inferior a uma vez e meia a taxa média de mercado apurada pelo Banco Central, não há que se falar em abusividade ou onerosidade excessiva a demandar a revisão das cláusulas contratuais, as quais devem ser observadas e cumpridas pelas partes****"* (destaques no original - fls. 327).

Acesso ao Sumário

Aliás, recentemente esta 12ª Câmara de Direito Privado julgou processo patrocinado **pelos mesmos advogados**, em situação absolutamente idêntica àquela encontrada nestes autos, e onde o relator, Des. Francisco Shintate, também propôs o desprovimento do recurso de apelação interposto pelos causídicos, inclusive com reconhecimento de prática de ato consistente em **litigância de má-fé** pela alteração da verdade dos fatos, com imposição de multa (Ap. Cível nº 1003306-20.2023, julg. em 20 de fevereiro de 2024).

Também não pode passar despercebido que agora restou efetivamente demonstrado que os referidos advogados também pulverizam suas ações com os mesmos autores, aparentemente para obterem verba honorária em mais de um feito.

E isso se diz por que a **mesma autora** deste feito, Magali Gonçalves Gomes, também é autora do processo que gerou a apelação cível nº 1012571-84.2023, ajuizado **contra o mesmo requerido Banco Mercantil do Brasil S/A**, sem qualquer justificativa plausível.

Naquele feito também não obteve sucesso, tendo visto seu apelo ser desprovido.

Bem por isso, tendo em vista que a sentença apelada bem analisou o caso em estudo, negando corretamente a pretensão da autora, a hipótese é de se negar provimento ao apelo.

Há, nas contrarrazões, reiteração de pleito formulado por ocasião da contestação, de reconhecimento de que os patronos da autora praticam o que se convencionou chamar de 'advocacia predatória', dando causa ao aumento artificial do número de processos em andamento junto ao Poder Judiciário. Há notícia de ajuizamento de 'mais de mil ações' semelhantes, como informado pelo réu.

Bem por isso, a despeito de não se ter deferido anteriormente expedição de ofício ao NUMOPED para apuração e providências, neste feito a evidência é gritante, justificando tal medida.

Mas, não é só.

Na esteira do que já decidido por esta Câmara em relação ao mesmo profissional em caso absolutamente semelhante (Ap. Cível nº 1003306-20.2023), é caso de se reconhecer a prática de ato de litigância de má-fé, consistente na alteração da verdade dos fatos (CPC, art. 80, inciso II) e em proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo (CPC, art. 80, V).

Por conseguinte, fica imposta à autora multa no valor equivalente a 9,9% (nove pontos e nove décimos por cento) sobre o valor da causa), nos termos do artigo 81 do CPC, com observação de que essa multa não é alcançada pela gratuidade concedida. A multa é imposta à autora, que, em tese e eventualmente, pelas vias próprias, poderá exercitar direito de regresso em face de seus advogados.

Por força do que prevê o artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, os

Acesso ao Sumário

honorários advocatícios fixados na sentença ficam elevados para 20% sobre o valor corrigido da causa.

3. Nega-se, pois, **provimento** ao recurso interposto pela autora, com **determinação** (expedição de ofício ao NUMOPED) e **imposição de multa** pelo reconhecimento da prática de ato consistente em litigância de má-fé, nos termos do presente acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001861-71.2023.8.26.0010, da Comarca de São Paulo, em que é apelante KOVI TECNOLOGIA LTDA., é apelado JAILSON VIANA DO NASCIMENTO.

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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº SMO 45331)**

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

São Paulo, 12 de março de 2024.

SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: LOCAÇÃO DE VEÍCULO - Ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com indenização por danos morais - Contrato rescindido - Cobrança relativa a antecipação de caução pela retirada de veículos reservas diante dos problemas identificados com o veículo originalmente locado - Mera substituição do bem locado não pode gerar novas cobranças como se um novo contrato fosse firmado - Cobrança indevida - Autor que trabalha como motorista de aplicativo - Contudo, dano moral não caracterizado - Sem prova de prejuízo moral - Mero descumprimento contratual - Sentença parcialmente reformada - Sucumbência recíproca caracterizada. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por KOVI TECNOLOGIA LTDA (fls. 229/249) contra a r. sentença de fls. 215/221, proferida pela MM.

Acesso ao Sumário

Juíza da 2ª Vara Cível do Foro Regional do Ipiranga da Comarca de São Paulo, Dra. Ligia Maria Tegao Nave, que julgou parcialmente procedente a ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com pedido de repetição de indébito e indenização por dano moral movida por JAILSON VIANA DO NASCIMENTO, para declarar rescindido o contrato havido entre as partes, declarando ainda inexigível o débito questionado pelo autor, bem como para condenar a ré ao pagamento de R$ 5.000,00 a título de danos morais, corrigidos monetariamente da sentença e acrescidos de juros de mora desde a citação. Reconhecida a sucumbência mínima do autor, foi a ré condenada também ao pagamento das verbas de sucumbência, fixados os honorários advocatícios em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Sustenta a apelante que a r. sentença comporta reforma. Discorre sobre os fatos, defendendo a validade de sua conduta, negando haja ato ilícito a ensejar condenação a qualquer indenização em favor do autor. Questiona o nexo causal a esse respeito, defendendo a clareza dos termos do contrato. Pontua a possibilidade de cobrança antecipada da caução quando retirado novo veículo, a ser abatida dos pagamentos efetuados. Nega haja outros débitos pendentes, canceladas outras faturas. Alega que a declaração de inexigibilidade de valores é indevida, tendo esclarecido os valores ao locatário. Questiona ainda a condenação moral, alternativamente pleiteando a redução do valor, caso mantida a indenização. Por fim, discute a fixação de honorários advocatícios baseados no valor da causa, havendo condenação, violado o artigo 85 do Código de Processo Civil. Postula o provimento do recurso.

Contrarrazões às fls. 259/265, pela manutenção da r. sentença, com preliminar de não conhecimento do recurso.

É o relatório.

Inicialmente, rejeito a preliminar arguida pelo apelado, eis que o recurso interposto pela apelante justamente pede a reforma da r. sentença no que diz respeito aos pedidos que foram acolhidos pela magistrada, não se tratando de mera repetição de argumentos como alegado.

Presentes os pressupostos legais, conheço do recurso, recebendo-o em seus regulares efeitos, dando-lhe parcial provimento.

Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com pedido de repetição de indébito e indenização por dano moral em razão da cobrança de dívida indevida, fundada em contrato de locação de veículo, para uso no desenvolvimento do ofício de motorista de aplicativo.

Questiona o apelado a cobrança de valores relativos à locação do veículo, considerando os problemas recorrentes com o automóvel, ensejando sua substituição por veículo reserva em duas oportunidades enquanto os reparos eram feitos no originalmente locado.

Observo que a empresa sustenta o cabimento da cobrança, baseada na

Acesso ao Sumário

premissa de que cada vez que um veículo "novo" é retirado, gera a cobrança da caução antecipada, a ser posteriormente abatida de acordo com os pagamentos efetuados pelo locatário.

Aqui cumpre destacar que, embora a apelante mencione às fls. 137 que "cancelou" faturas, as mesmas dizem respeito a outros valores, tais como "multa rescisória", "nota de direção" e aluguel com data de 28.03.23, quando já devolvido o veículo.

Assim, nada deve o apelado à empresa a esse respeito, conforme a própria apelante reconhece, verbas que não se confundem com as questionadas pelo apelado, para as quais, no presente recurso, busca seja mantida sua possibilidade de cobrança.

Destaco que às fls. 224 a apelante diz expressamente que "*realizou o encerramento do contrato (desde 28/03/2023) e não fará nenhuma cobrança do débito* ***até o julgamento final destes autos*** *(...)*". Logo, é clara a pretensão da empresa em cobrar os valores discutidos nos autos, não se confundindo com outros débitos por ela própria cancelados, como os acima destacados.

No entanto, foram corretamente declarados inexigíveis as quantias efetivamente questionadas pelo apelado nesta ação, quais sejam: R$ 1.200,00, R$ 1.200,00, R$ 459,00 e R$ 459,00 (fls. 79/82), relativas às duas retiradas de veículos quando necessária a utilização do reserva quando o original apresentou problemas.

Esses valores somam os R$ 3.318,00 cobrados dele, questionados nos autos e declarados pela magistrada como inexigíveis, sem relação com as outras verbas.

Além da evidente falha de informação e comunicação com o usuário do veículo por ela cedido em locação, descabe a pretensão da empresa em cobrar tais valores como se fosse uma "retirada de veículo novo".

O apelado demonstrou estar em dia com os pagamentos regulares do contrato original (fls. 97 e seguintes), efetuados pagamentos nos meses de janeiro, fevereiro e início de março, enquanto ainda vigente o contrato.

Se o veículo apresentou problemas e se fez necessária a substituição - ainda que temporária - por outro, para fins de cobrança a situação equivale à mesma caso estivesse o locatário com o veículo originalmente locado (Etios). A troca se deveu, de forma incontroversa, aos problemas mecânicos apontados pelo apelado, inviabilizando, em duas oportunidades, sua utilização regular.

Inexistem outras discussões nos autos, não havendo dúvidas a respeito do cabimento da pretensão do apelado quanto ao cancelamento dessas cobranças, claramente indevidas e injustificadas.

Compete a empresa se ajustar às situações imprevistas ao longo da execução do contrato, especialmente se a causa dos problemas é de responsabilidade exclusiva dela própria, como no caso dos autos.

Acesso ao Sumário

Não se justifica cobrança "gerada automaticamente pelo sistema" se a substituição do bem locado se deveu a problemas com o veículo, exigindo sua troca pelo reserva enquanto reparado, independentemente da alegação de "abatimento" posterior. A nova verba, seja como "caução", seja como "locação" simplesmente não é devida pelo locatário, inexigível como constou da r. sentença, até mesmo porque os pagamentos vinham sendo regularmente efetuados pelo apelado, inexistindo inadimplência.

Dessa forma, nesse ponto improvido o recurso, corretamente declarado rescindido o contrato e inexigível o valor questionado na petição inicial, ressalvada a informação trazida pela própria empresa quanto à inexistência de outros débitos entre as partes.

No entanto, no caso, não entendo estar caracterizado o dano moral, nesse ponto tendo razão a insurgência da empresa.

Embora inexigível a dívida, não há que se falar em prejuízo moral, respeitado o posicionamento contrário.

Em que pese a interpretação do apelado, não há nos autos nenhuma prova de que tenha passado por alguma espécie de constrangimento ou dificuldade em decorrência da situação ou, ainda, alguma ofensa à sua dignidade, à sua imagem ou bom nome que justificasse a procedência do pedido indenizatório.

Nem mesmo há demonstração de utilização de tempo excessivo para resolução do conflito pelas vias extrajudiciais.

Como assevera Sergio Cavalieri Filho: "*O importante, destarte, para a configuração do dano moral não é o ilícito em si mesmo, mas sim a repercussão que ele possa ter*"[1]. Repercussão justificadora de reparação moral que não vislumbro presente.

O precedente jurisprudencial mencionado na r. sentença retrata situação fática diversa da dos autos. Naquele caso, houve menção a constrangimentos perante passageiros, abalada sua imagem perante terceiros, prova que inexiste nestes autos.

Em sua petição inicial, o apelado fundamenta seu pedido em "constrangimento ilegítimo", perda de tempo para resolver o problema.

Porém, apenas comprova ter efetuado reclamação pelo "Reclame Aqui", retratando conversas pelo chat da empresa, reproduzidas nos autos (fls. 51/77).

A cobrança dos valores indevidos se deu por e-mail (fls. 79/82), sem qualquer publicidade ou exposição do problema a terceiros, não caracterizada a alegada "cobrança vexatória", sequer se tratando de relação de consumo, como observado pela magistrada.

Assim, os fatos apresentados não se distanciam daqueles de repercussão comum decorrentes do desenvolvimento da relação contratual, especialmente quando há inadimplemento.

Acesso ao Sumário

1 Programa de Responsabilidade Civil. Atlas: São Paulo, 7ª Edição, 2007, pág. 81.

Além do aborrecimento comum nas relações de consumo, não se observa nenhuma ofensa a bem extrapatrimonial ou a direito da personalidade, considerando-se que apenas não houve a entrega do monitor, fato que não justifica compensação de ordem moral.

De acordo com o conjunto probatório, e conforme os fatos narrados, para além do descumprimento contratual pela apelada, não houve qualquer situação que tenha extrapolado os limites do razoável.

Nem mesmo seria o caso de se aplicar a teoria do desvio produtivo, eis que, nenhum elemento dos autos indica a ocorrência de tal fato.

Nesse exato sentido precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental no AI nº 2004/0063274-7, julgamento publicado no dia 19.03.2007, DJ. página 318: "*CIVIL. DANO MORAL. O só inadimplemento contratual não caracteriza o dano moral*".

Desse modo, em que pese a argumentação do apelado, não há razão para a condenação em dano moral, acolhido o recurso nesse ponto para afastar a condenação imposta pelo MM. Juízo.

Nos termos do artigo 86 do Código de Processo Civil vigente, "se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas".

Essa a hipótese dos autos, em que, julgado procedente o pedido declaratório, foram julgados improcedentes os pedidos de reparação material e moral.

Assim, devem as despesas ser proporcionalmente distribuídas entre as partes, bem como cada qual deverá arcar com os honorários advocatícios da parte adversa que ora arbitro em 20% sobre o valor atualizado do proveito econômico obtido por cada parte (improcedência dos pedidos de indenização pelos danos morais e materiais em favor da ré e valor declarado inexigível em favor do autor), nos termos do §2º do artigo 85, do Código de Processo Civil, considerando os valores envolvidos e o trabalho realizado pelos patronos, inclusive em grau de recurso, observada a gratuidade concedida ao autor.

Consequentemente, prejudicadas as demais questões suscitadas no recurso, em especial a respeito das verbas de sucumbência, ora alterados os parâmetros pela reforma parcial da r. sentença.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso, para manter a parcial procedência da ação, embora afastada a condenação imposta quanto aos danos morais, inexistentes. E, ante a sucumbência recíproca, cada uma das partes deverá arcar com metade das custas e honorários advocatícios, que ora arbitro em 20% sobre o valor atualizado do proveito econômico obtido por cada parte (improcedência dos pedidos de indenização pelos danos morais e materiais em favor da ré e valor declarado inexigível em favor do autor), nos termos do §2º do artigo 85, do Código de Processo Civil, considerando os valores envolvidos e o trabalho realizado pelos patronos, inclusive em grau de recurso, observada a

Acesso ao Sumário

gratuidade concedida ao autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003666-93.2022.8.26.0010, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BOM NEGÓCIO ATIVIDADES DE INTERNET LTDA. (OLX), é apelado GIOVANNI DE SOUZA GALDINO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 34ª 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 42.870)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CRISTINA ZUCCHI (Presidente) e RÔMOLO RUSSO.

São Paulo, 11 de março de 2024.

GOMES VARJÃO, Relator

Ementa: Prestação de serviços. Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais. Utilização indevida dos dados pessoais do autor para a criação de perfis falsos na plataforma OLX, com o objetivo de aplicar golpes. Relação de consumo (art. 17 do CDC). Se a requerida não possui quadros ou aparato tecnológico para evitar a criação de contas digitais e perfis virtuais por terceiros mal intencionados, isso não justifica a pretensão de imputar ao consumidor ou a terceiro a responsabilidade por risco inerente à sua própria atividade. Dano moral caracterizado, pelo transtorno anormal causado ao requerente, que, além do abalo à sua honra, dignidade e reputação, sofreu graves ameaças por parte das vítimas lesadas e teve contra si registrados boletins de ocorrência por crime de estelionato. A indenização fixada em R$ 25.000,00, assim, mostra-se compatível com as circunstâncias do caso vertente, sem impor gravame excessivo ao agente ou gerar vantagem desproporcional à vítima. Os honorários advocatícios, devidos pela apelante por força da sucumbência, já foram fixados pelo Juízo a quo no limite mínimo do art. 85, § 2º, do CPC, de modo que não há como cogitar de sua redução.

Acesso ao Sumário

Apelação da ré e recurso adesivo do autor improvidos.

VOTO

A r. sentença de fls. 136/137, cujo relatório se adota, julgou procedente a ação, para confirmar a tutela antecipada deferida *initio litis* e condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 25.000,00, corrigido monetariamente desde o arbitramento e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Em razão da sucumbência, condenou-a, ainda, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da condenação.

Apela a ré (fls. 140/160). Afirma, em suma, que o autor ajuizou a demanda por ter tomado conhecimento, em maio/2021, que terceiros estavam utilizando seus dados pessoais para a criação de perfis falsos na plataforma OLX, com o objetivo de aplicar golpes. Alega que cumpriu prontamente a liminar deferida na origem, excluindo todas as cinco contas em nome do requerente. Sustenta que, de acordo com a Lei do Marco Civil da Internet, a remoção de conteúdo dos provedores deve estar amparada em ordem judicial e com identificação clara e específica do daquilo que se pretende excluir. Aduz que é uma plataforma de hospedagem de anúncios, ou seja, apenas cede espaço publicitário, sendo os usuários os únicos responsáveis pela elaboração e publicação dos anúncios, sem qualquer interferência sua. Assevera que, para prevenir irregularidades e infrações, todos os anúncios contam com um *link* de "denúncia", que pode ser acessado por qualquer pessoa, mesmo sem conta de usuário na plataforma. Assinala que a situação relatada pelo autor não é agradável, mas a OLX, ainda que não seja responsável pelos dados inseridos por terceiros, assim que toma conhecimento da possibilidade de dano, age imediatamente e de forma proativa. Pondera que, além do requerente, é também ela vítima da atuação de pessoas de má índole. Ressalta que há na jurisprudência precedentes reconhecendo a impossibilidade de se impor às empresas de comércio eletrônico a prévia fiscalização do conteúdo postado em seus sites, o que está em linha com a legislação de regência. Defende que não há demonstração de que qualquer conduta sua tenha dado ensejo a sofrimento do autor passível de indenização por danos morais, sobretudo porque a suposta lesão se originou por ato de terceiro. Argumenta que, eventualmente mantida a condenação, impõe-se a redução da verba indenizatória, fixada em valor excessivo, que se afasta do critério da razoabilidade e dá ensejo a enriquecimento indevido do demandante. Acrescenta que, em vista da baixa complexidade da demanda, os honorários de sucumbência devem ser arbitrados no patamar mínimo. Sob tais fundamentos, requer a reforma da r. sentença.

Acesso ao Sumário

Recorre adesivamente o autor (fls. 185/195), pugnando pela majoração da indenização por danos morais para o valor estimado na inicial, de R$ 50.000,00, por considerar que o montante fixado na origem é insuficiente para cumprir suas funções compensatória e dissuasória. Sustenta que, em razão dos perfis falsos criados em seu nome para aplicação de golpes, ele e sua família passaram ser gravemente ameaçados pelas vítimas. Por isso, requer a reforma da r. sentença nesse aspecto.

Apenas o recurso da ré foi contrariado (fls. 166/184 e 199).

É o relatório.

Em que pese aos argumentos declinados pelas partes, os recursos não comportam provimento.

Como bem destacado na r. sentença, é dever da requerida garantir o uso seguro e responsável da sua plataforma, evitando por todos os meios a atuação de terceiros mal intencionados. Confiram-se, a propósito, os judiciosos fundamentos da r. sentença, que a este ficam incorporados como razão de decidir:

> Conforme já se assinalou por ocasião da concessão da tutela antecipada, assiste ao autor o direito de obter tutela jurisdicional que imponha à ré ordem de abstenção de viabilizar a realização em sua plataforma de operações de compra e venda identificadas pelos dados pessoais do autor, uma vez que não há manifestação de vontade do requerente em realizar tais atividades.
>
> Em outras palavras, a requerida deve tomar as providências para evitar que sejam utilizados dados pessoais do autor sem autorização dele, notadamente na criação de perfis ou contas para a realização de negócios. Ainda que a elaboração de anúncios, perfis ou contas seja realizada por usuários e não pela própria requerida, o serviço por ela prestado deve, por um imperativo de segurança, ser estruturado de forma a impedir que haja utilização de dados pessoais sem a ciência e autorização de seus respectivos titulares.
>
> É flagrante inseguro o serviço prestado pela ré, pois ela admite que viabiliza a criação de perfis sem qualquer controle da veracidade da identidade de quem os cria. Ao contrário do que argumenta a requerida, a demonstração da titularidade dos dados pessoais que estão sendo utilizados é evidentemente necessária para que se viabilize a realização de operações comerciais em nome da pessoa a que se referem os dados. Não tem pertinência o argumento da impossibilidade de controle prévio de conteúdo, pois no caso dos autos o defeito de segurança ocorre na etapa de criação do perfil ou da conta, sendo perfeitamente factível que o perfil ou a conta não sejam ativados antes da prévia confirmação da titularidade dos dados pessoais identificativos da conta ou do perfil.

Com efeito, não há dúvida quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso vertente. Isso porque a imputação feita à requerida é de falha na prestação do serviço, notadamente por permitir a criação de perfis falsos

Acesso ao Sumário

por fraudadores que se apropriaram indevidamente dos dados pessoais do autor, que, deste modo, se amolda à definição legal de consumidor por equiparação (art. 17 do CDC), aplicando-se a ele o disposto no art. 14 da Lei 8.078/90, que estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor "*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*".

Isto assentado, a responsabilidade civil, no enfoque que lhe confere o CDC, baseia-se essencialmente na consideração de que o fornecedor de produtos e serviços assume o risco da sua própria atividade. Assim, se de um lado a Constituição Federal garante a livre iniciativa como princípio geral da atividade econômica (art. 170), o risco dessa atividade é inerente de quem a explora.

Paralelamente ao controle que a Lei 8.078/90 exerce sobre o resultado da produção ou prestação de serviços defeituosa, cuida também ela de garantir ao consumidor o ressarcimento pelos prejuízos que suportar, conforme leciona RIZZATTO NUNES ("Comentários ao Código de Defesa do Consumidor", 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 240).

O fornecedor tem responsabilidade pela prestação de serviços eficientes, no que se inclui não permitir a criação de contas digitais e perfis virtuais por terceiros mal intencionados. Se a requerida não possui quadros ou aparato tecnológico para evitar a atuação de fraudadores isso não justifica a pretensão de imputar ao consumidor ou a terceiro a responsabilidade por risco inerente à sua própria atividade.

No mais, o art. 18 da Lei 12.965/14, invocado pela requerida, prescreve que "*o provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros*". Como se vê, o dispositivo em questão é inaplicável à espécie, pois a ré não é provedora de conexão à Internet, mas plataforma de anúncios publicitários, como ela própria se define.

Passando adiante, não há como afastar a ocorrência de dano moral na espécie.

Os fatos noticiados pelo autor não se limitam à utilização dos seus dados pessoais e exposição do seu nome como um negociante desonesto, o que, por si só, já representaria transtorno substancial, por afetar sua honra, dignidade e reputação. Tem-se que, em razão das fraudes praticadas em seu nome, houve o registro de boletins de ocorrência por crime de estelionato (fls. 45/46, 47/48 e 49/50) e diversas ameaças à integridade física do requerente e de sua família, por parte das vítimas lesadas (fls. 23 e 43/44), o que inequivocamente gera abalo emocional de vulto.

Oportuno registrar que, pela própria natureza do dano moral, não se exige da vítima comprovação do abalo ou ofensa à honra objetiva. A prova necessária é do fato causador do distúrbio anormal na vida do ofendido, enquanto a efetiva ocorrência do dano fica a cargo de avaliação do magistrado, segundo seu pru-

Acesso ao Sumário

dente arbítrio e as regras de experiência.

A propósito, o E. Superior Tribunal de Justiça já assentou o entendimento de que "*não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado assim o fato, impõe-se a condenação, sob pena de violação do art. 334 do Código de Processo Civil.*" (STJ, 3ª T., REsp. 86.271/SP, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, j. 10.11.1997, DJU 09.12.1997, p. 64.684).

O valor da indenização, por seu turno, é objeto de irresignação tanto da ré, que pleiteia sua redução, quanto do autor, que anseia pela elevação do montante.

Cumpre observar que o *quantum* indenizatório deve ser o suficiente para inibir a requerida de práticas dessa natureza, capazes de macular a honra e sentimentos alheios e, de outro lado, não importar enriquecimento sem causa do ofendido.

Sobre o tema, CARLOS ROBERTO GONÇALVES dá a seguinte lição: "*em geral, mede-se a indenização pela extensão do dano e não pelo grau da culpa. No caso do dano moral, entretanto, o grau da culpa também é levado e consideração, juntamente com a gravidade, extensão e repercussão da ofensa, bem como a intensidade do sofrimento acarretado à vítima.*" (cf. Responsabilidade Civil, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, nº 94.5, pág. 414).

Contudo, a estimativa do requerente na inicial, de R$ 50.000,00, é flagrantemente exagerada e desborda dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, desnaturando o propósito da reparação extrapatrimonial.

Tendo em vista as circunstâncias do caso, a natureza do dano, suas consequências para o autor e a capacidade econômica das partes, cuido que deve ser confirmada a indenização fixada em R$ 25.000,00 na sentença, quantia suficiente para cumprir seu caráter sancionatório, sem implicar enriquecimento indevido do demandante.

Registre-se que a fixação da indenização por dano moral em valor inferior ao pedido na exordial não caracteriza sucumbência recíproca, a teor do que dispõe a Súmula 326 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Tal se dá porque o valor postulado na inicial é meramente estimativo, importando somente que tenha sido deferida a indenização pleiteada.

Por fim, anote-se que os honorários advocatícios, devidos pela requerida por força da sucumbência, já foram fixados pelo Juízo *a quo* no limite mínimo previsto no art. 85, § 2º, do CPC, de modo que não prospera a pretendida redução.

Enfim, correta a r. sentença, que está de acordo com os elementos constantes dos autos e o direito aplicável à espécie, merecendo integral confirmação.

Ante o exposto, nego provimento a ambos os recursos. Mantida integralmente a sentença, a sucumbência permanece a cargo da ré e, com fundamento no art. 85, § 11, do CPC, elevo os honorários advocatícios de sucumbência para

Acesso ao Sumário

15% do valor atualizado da condenação.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001555-63.2023.8.26.0411, da Comarca de Pacaembu, em que é apelante MUNICÍPIO DE PACAEMBU, é apelado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação, por votação unânime.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 32410)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente sem voto), NUNCIO THEOPHILO NETO e DANIELA MENEGATTI MILANO.

São Paulo, 11 de março de 2024.

CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, Relatora

Ementa: Apelação - Exibição de documentos - Extinção do feito sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, inciso VI do CPC - Necessidade de prévia solicitação administrativa para fins de configuração do interesse de agir - Autor que não logrou comprovar o envio de notificação extrajudicial à parte ré voltada à obtenção das imagens de circuito interno de câmeras referidas na petição inicial - Situação que não se confunde com a exigência de prévio esgotamento da via administrativa, que configuraria violação ao artigo 5º, inciso XXV, da Constituição Federal - Precedente do E. Supremo Tribunal Federal - Interesse de agir não caracterizado - Orientação firmada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de Recurso Especial Representativo de Controvérsia, submetido à sistemática do art. 543-C, do Código de Processo Civil de 1973 - Sentença mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de Apelação interposto por **Município de Pacaembu**, em face da r. decisão sentença de fls. 69/71, proferida pelo d. Juízo da 1ª Vara da

Acesso ao Sumário

Comarca de Pacaembu nos autos de ação de exibição de documentos ajuizada em relação a **Banco Bradesco S/A**, pela qual fora extinto o feito, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, inciso VI do CPC, condenando-se o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R$ 1.000,00.

Busca, o apelante, a reforma do decidido. Sustenta, em síntese, a necessidade de acesso aos documentos para fins de averiguação quanto ao autor dos saques indevidos que ocasionariam prejuízo ao erário, bem como a realização de prévio pedido administrativo ao apelado, que se quedou injustificadamente inerte. Colaciona julgados com o fito de corroborar sua tese (fls. 76/83).

Recurso tempestivo e regularmente processado, nos termos da lei.

Contrarrazões às fls. 89/94.

É o relatório.

Conheço do recurso, haja vista a presença dos pressupostos de admissibilidade, negando-lhe provimento.

A demanda posta sub judice versa a respeito da exibição de imagens captadas em circuito interno de câmeras da parte ré, fundada na necessidade de apuração da autoria de saques indevidos em conta de servidora falecida, causadores de prejuízos ao erário.

Necessário observar que o interesse de agir, condição para o ajuizamento da ação, somente se faz presente quando demonstrada a efetiva necessidade da tutela jurisdicional para a solução do conflito posto em juízo.

Segundo Humberto Theodoro Junior:

"*O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial. Entende-se, dessa maneira, que há interesse processual 'se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais. Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente, na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade, como adverte Allorio. Essa necessidade se encontra naquela situação 'que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não o fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares)'. (...) Só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação.*" (Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento - vol. I - 55ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 81).

Nesse liame, pendente a comprovação da iniciativa da parte em procurar,

eficazmente, solução administrativa ao seu alcance para a obtenção do resultado ora perseguido, não há se falar em tal interesse.

Com efeito, ao consagrar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, a Constituição Federal (artigo 5º, inc. XXXV) não obriga o esgotamento das vias administrativas, e a presença de qualquer obstáculo ao exercício de direito legitimamente reconhecido, autoriza o interessado a pleitear a intervenção do Poder Judiciário a fim de dirimir o conflito de interesses.

Todavia, não se pode confundir o prévio pedido na esfera administrativa, simples iniciativa ao alcance daquele que se diz titular do direito violado, com o esgotamento das vias administrativas.

O tema foi bem elucidado pelo e. Ministro Roberto Barroso, do E. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE nº 631.240:

> "*É muito importante não confundir - como às vezes faz a jurisprudência - a exigência de prévio requerimento com o exaurimento das vias administrativas. A regra do art. 153, § 4º da Constituição anterior (na redação dada pela EC nº 7/1977), que autorizava a lei a exigir o exaurimento das vias administrativas como condição para ingresso em juízo, não foi reproduzida pela Constituição de 1988. Esta a razão pela qual foram editadas a Súmula 213/TFR ('O exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária'), a Súmula 89/STJ ('A ação acidentária prescinde do exaurimento da via administrativa') e a Súmula 9/TRF3 ('Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação'). Esclareça-se, porém que o requisito do prévio requerimento se satisfaz com a mera postulação administrativa do beneficiário, perante a primeira instância com atribuição para conhecê-lo, enquanto o exaurimento significa a efetiva utilização de todos os recursos administrativos cabíveis.*" (Julgamento em plenário, 03/09/2014)

No caso dos autos, inobstante o esforço argumentativo do réu, sem se olvidar o interesse público que fundamenta sua pretensão, não se verifica a existência de solicitação extrajudicial que refira a imagens de circuito interno de câmeras do réu, tratando, as notificações acostadas às fls. 10/11, de outros documentos ali listados, restando patente a ausência de interesse processual na demanda, a obstar o acolhimento da pretensão recursal.

Nesse diapasão, o entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio do RESP Representativo de Controvérsia nº 1.349.453 - MS, submetido à sistemática dos recursos repetitivos e, portanto, de caráter vinculante (cuja ementa a seguir se transcreve):

> **"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. EXPURGOS INFLA-**

Acesso ao Sumário

CIONÁRIOS EM CADERNETA DE POUPANÇA. EXIBIÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. INTERESSE DE AGIR. PEDIDO PRÉVIO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E PAGAMENTO DO CUSTO DO SERVIÇO. NECESSIDADE. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária. 2. No caso concreto, recurso especial provido." (Recurso Especial nº 1.349.453 MS, Segunda Seção, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 10/12/2014, v.u.)

Destarte, tem-se que não comporte reforma a r. sentença combatida.

Rejeitado o apelo, majora-se os honorários devidos ao patrono do ré para R$ 1.200,00, em observância ao §11 do art. 85 do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, por meu voto, **nego provimento** ao recurso, nos termos da fundamentação supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000747-12.2020.8.26.0040, da Comarca de Américo Brasiliense, em que é apelante/apelado INCORPORADORA RESIDENCIAL ALIANÇA LTDA., é apelado/apelante MAURICIO RAFAEL MORELLO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 156)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO (Presidente sem voto), ALFREDO ATTIÉ e DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT.

São Paulo, 12 de março de 2024.

DARIO GAYOSO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - COMPRA E VENDA DE LOTE RESIDENCIAL - RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PEDIDOS DE RESTI-

Acesso ao Sumário

TUIÇÃO DE VALORES POR BENFEITORIAS, MULTA RESCISÓRIA E INDENIZAÇÕES POR LUCROS CESSANTES E DANO MORAL.
RESPEITÁVEL SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA PARA DECLARAR A RESCISÃO CONDENANDO A RÉ A RESTITUIR AO AUTOR O EQUIVALENTE A 85% DAS PRESTAÇÕES PAGAS; A INDENIZAR AS ACESSÕES REALIZADAS NO LOTE, CUJO VALOR SERÁ APURADO EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, ABATENDO-SE DO MONTANTE A TAXA DE FRUIÇÃO CORRESPONDENTE A 0,5% AO MÊS SOBRE O VALOR DO IMÓVEL DESDE A DATA DO INADIMPLEMENTO ATÉ A RESTITUIÇÃO DO BEM, "IPTU"; E, DESPESAS CONDOMINIAIS.
RECURSOS DE AMBAS PARTES.
APELAÇÃO DO AUTOR QUE BUSCA DEVOLUÇÃO INTEGRAL OU RETENÇÃO DE 10% DO VALOR PAGO, MULTA RESCISÓRIA DE 2%, EXCLUSÃO DA TAXA DE FRUIÇÃO, INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS E LUCROS CESSANTES DE 30% SOBRE A VALORIZAÇÃO DO IMÓVEL PELA EDIFICAÇÃO.
APELAÇÃO DA RÉ PELA FIXAÇÃO DA TAXA DE FRUIÇÃO DESDE À POSSE ATÉ A EFETIVA REINTEGRAÇÃO, REVOGAÇÃO DA JUSTIÇA GRATUITA E MAJORAÇÃO DA RETENÇÃO DOS VALORES PAGOS PARA 25%.
CONTRATO DE COMPRA E VENDA QUE PREVÊ AS CONDIÇÕES AJUSTADAS E OS VALORES DAS PARCELAS. EVENTUAIS IRREGULARIDADES QUE DEVERIAM SER OBJETO DE AÇÃO REVISIONAL.
ADEQUAÇÃO DA RETENÇÃO DE 20% DO VALOR PAGO EM FAVOR DA RÉ PARA DESPESAS DE ADMINISTRAÇÃO E DESFAZIMENTO DO NEGÓCIO. JURISPRUDÊNCIA DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA E INCLUSIVE DESTA COLENDA CÂMARA.
AFASTADA A TAXA DE FRUIÇÃO - EDIFICAÇÃO INACABADA, SEM OCUPAÇÃO OU EM CONDI-

Acesso ao Sumário

ÇÕES DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA.
RESTITUIÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS QUE DEVE SER FEITA DE UMA SÓ VEZ. SÚMULA 02 DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL. PATROCÍNIO DOS ADVOGADOS DO AUTOR EM MAIS DE UMA CENTENA DE AÇÕES SEMELHANTES QUE NÃO INTERFERE NA SOLUÇÃO DO LITÍGIO.
DANOS MORAIS E MULTA DE 2% EM FAVOR DO AUTOR DESCABIDOS.
MANTIDA A INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES A SER APURADA EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.
RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO PARA AFASTAR A TAXA DE FRUIÇÃO.
RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO EM RELAÇÃO AO PERCENTUAL DE DEVOLUÇÃO DE VALORES PAGOS, REDUZIDA PARA 80%, SENDO DEMAIS PEDIDOS DESPROVIDOS.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de rescisão contratual cumulada com pedidos de restituição de valores por benfeitorias, revisão judicial, multa rescisória e indenizações por lucros cessantes e dano moral. A ação versa sobre o lote 0111 do Loteamento "Residencial Aliança" (matrícula 21.664 do 2º Cartório de Registro de Imóveis de Araraquara) no valor total de R$ 145.806,46 a ser pago de forma parcelada.

A respeitável sentença julgou a ação parcialmente procedente para declarar a rescisão contratual do compromisso particular de venda e compra, restituir ao autor o equivalente a 85% do valor que resulta da soma de todas as prestações pagas e indenizar as acessões realizadas pelo adquirente, cujo valor será apurado em liquidação de sentença. (p. 876-885).

Apelação da ré que busca indenização pela fruição e gozo do imóvel em, no mínimo, 0,5% a 1,0% (um por cento) ao mês, desde a data da transferência da posse, ocorrida em dezembro de 2015, sobre o valor do contrato mais a edificação, até a data da efetiva reintegração de posse, compensando-se com as quantias a serem devolvidas, nos termos da Súmula 543 do Colendo Superior Tribunal de Justiça; a revogação da justiça gratuita concedida ao autor; e, que o percentual de retenção sobre os valores pagos seja majorado para 25% (p. 920-933).

Apelação do autor que pretende a restituição da totalidade dos valores pagos pela não consumação do negócio; ou, retenção de no máximo 10%; re-

Acesso ao Sumário

vogação da taxa de ocupação ou redução de sua base de cálculo para o valor de avaliação do terreno, na proporção do saldo devedor revisado; multa rescisória de 2% prevista na cláusula décima segunda do contrato; indenização por danos morais que estima no equivalente a trinta (30) salários mínimos; lucros cessantes correspondentes a 30% sobre a valorização do imóvel, além da majoração dos honorários sucumbenciais (p. 938-963).

Contrarrazões da ré pela manutenção da sentença com as ressalvas das razões de sua apelação (p. 965-989).

Contrarrazões do autor pela preclusão do direito da ré de postular; relativização da Súmula 02 deste Egrégio Tribunal por não tê-la feito na contestação além das considerações apresentadas na apelação; além de alegar ser vítima de captação ilegal de clientes, requerendo seja expedidos ofícios às autoridades competentes (p. 965-989).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, sendo os recursos tempestivos e com recolhimento de preparo pela requerida (p. 934-935 e 1080-1081). Autor é beneficiário de justiça gratuita (p. 80).

É o relatório.

V O T O.

Preservado o convencimento da MMa. Juíza, os recursos comportam provimento parcial.

Não há fundamento para acolher a impugnação à justiça gratuita, pois a ré apelante não trouxe novos elementos que justifique a revogação da benesse.

A alegação de que o advogado do autor vem realizando captação ilegal de clientes nem pode ser aqui analisada, pois é questão de competência da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Em 10/12/2015 o autor celebrou compromisso de venda e compra com a ré referente ao lote 0111, da Quadra D do loteamento "Residencial Aliança", com matrícula 21.664 do 2º Cartório de Registro de Imóveis de Araraquara, por R$145.806,46, a ser pago de forma parcelada.

O autor propôs ação de rescisão contratual cumulada com pedidos de restituição de valores por benfeitorias, revisão judicial, multa rescisória e indenizações por lucros cessantes e dano moral.

A ação foi julgada parcialmente procedente para declarar a rescisão contratual e condenar a ré a restituir ao autor o equivalente a 85% do valor pago, a indenizar o autor pelas acessões realizadas no lote, cujo valor será apurado em sede de liquidação de sentença, podendo abater o valor correspondente a 0,5% ao mês, incidente sobre o valor do imóvel no contrato, desde a data do primeiro inadimplemento do parcelamento do preço até a data da efetiva restituição do imóvel, como forma de ressarcimento pelo uso e fruição do bem pela parte inadimplente.

Insiste o autor na indenização por danos morais que estima em montante

Acesso ao Sumário

equivalente a trinta (30) salários mínimos, bem como a multa rescisória de 2%, além do afastamento da taxa de fruição.

Ocorre que a rescisão se deu por opção do próprio autor, descabendo as pretensões de obter multa rescisória, bem como indenização por danos morais, visto que as condições do contrato foram previstas de forma clara, sem ilicitude em relação aos encargos do financiamento.

O contrato de compra e venda prevê com clareza as condições da negociação, com a estipulação de todas as parcelas devidas pelo autor contratante, não se verificando qualquer irregularidade; ou falta de informação que acarretasse nulidade da avença ou justificasse recompensa pecuniária por danos morais.

Já a adequação ao percentual de retenção de 15 para 20% (vinte por cento) se mostra razoável, pois houve, de fato, custos administrativos para a vendedora, os quais são plenamente recompensados com tal percentual a ser retido.

Em casos semelhantes assim tem decidido esta Colenda 27ª Câmara:

EMENTA: APELAÇÃO. Ação de rescisão contratual. Promessa de Compra e Venda de Imóvel. Sentença de parcial procedência. Recurso da ré, que pretende a reforma da r. sentença, com a majoração dos percentuais de retenção dos valores pagos para 25% e da taxa de fruição para 1,0% mês. Exame: Recurso não acolhido. Lei n. 13.786/18. Irretroatividade. **Percentual de retenção de 20% dos valores pagos para ressarcimento dos prejuízos que se mostra proporcional e adequado e não comporta majoração para 25%, considerando os precedentes jurisprudenciais sobre o tema. Majoração da taxa de fruição estabelecida na r. sentença que seria abusiva e configuraria enriquecimento sem causa. Taxa de 0,5% ao mês do valor atualizado do contrato mantida**. Sentença mantida. Honorários advocatícios majorados. RECURSO IMPROVIDO (TJSP - Apelação Cível 1001501-17.2021.8.26.0040 - Relatora: Celina Dietrich Trigueiros - 27ª Câmara de Direito Privado - 20/03/2023).

APELAÇÃO. Promessa de compra e venda (lote de terreno). Ação de rescisão contratual cumulada com restituição de valores, julgada parcialmente procedente. Recurso do autor. Rescisão por conveniência do adquirente. Matéria recursal restrita ao percentual de retenção para cobrir as despesas administrativas suportadas pela vendedora. Inaplicabilidade da Lei nº 13.786/18 (Lei do Distrato). Irretroatividade da lei posterior a contrato celebrado antes de sua vigência (C.STJ, REsp 1.635.428/SC), caso dos autos. **Retenção de 25% do montante pago. Excessividade. Redução para 20% que se mostra adequada, aceito esse percentual pela jurisprudência para cobrir as despesas administrativas suportadas pela vendedora. Sentença parcialmente modificada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO** (TJSP - Apelação Cível 1019209-92.2019.8.26.0576 - Relator: Sergio Alfieri; Órgão Julga-

Acesso ao Sumário

dor - 27ª Câmara de Direito Privado - 31/05/2022).

A taxa de fruição visa remunerar a ocupação ou exploração comercial do imóvel.

A Súmula 1 deste Egrégio Tribunal prevê a possibilidade de arbitramento de indenização pela ocupação do imóvel, na hipótese de rescisão do compromisso de compra e venda.

No entanto, o objeto do contrato é um lote com construção em andamento, isto é, edificação inacabada. Logo, não há como afirmar que o imóvel esteja ocupado e tampouco em condições de pronta exploração econômica, ficando assim, afastada a pretensão da ré quanto ao recebimento da taxa de fruição ou de ocupação.

Este Egrégio Tribunal assim decidiu:

PROMESSA DE COMPRA E VENDA - Bem Imóvel - Ação de rescisão contratual c.c. pedido indenização por perdas e danos ajuizada pela promitente vendedora - Sentença que julgou parcialmente procedente a ação, declarando rescindido o contrato e autorizando a reintegração de posse, além da retenção de 20% dos valores pagos, carreando ao demandado a responsabilidade pelo pagamento do IPTU e demais taxas incidentes sobre o imóvel. - Apelo da autora - Relação de consumo - Aplicação do CDC - Inaplicabilidade da Lei nº 13.786/18 - Contrato anterior à vigência da Lei - Pretensão de majoração do percentual de retenção dos valores desembolsados pelo réu - (...) - Indenização por benfeitorias - Pertinência - (...) Destarte, era mesmo de rigor o acolhimento do pedido manejado em contestação, para ressalvar o direito do autor ao ressarcimento pelas benfeitorias realizadas no imóvel, cujo montante deverá ser aferido em sede de liquidação de sentença. - **Taxa de fruição ou ocupação - A pretensão da autora apelante de condenação do réu ao pagamento de taxa de ocupação computada a partir da assinatura do contrato ou da conclusão das obras de infraestrutura, não comporta acolhimento. De fato, a Súmula nº 1 deste Tribunal prevê a possibilidade de arbitramento de indenização pela ocupação do imóvel, na hipótese de rescisão do compromisso de compra e venda. No entanto, in casu, o objeto do contrato é um lote com construção em andamento, isto é, ainda não concluída. Logo, não há como afirmar que o imóvel esteja ocupado e tampouco em condições de pronta exploração econômica. Em sendo assim, bem andou o Juízo a quo ao afastar a pretensão da autora quanto ao recebimento da denominada taxa de fruição ou de ocupação. Precedentes jurisprudenciais.** - (...) Com efeito, para cumprimento provisório de sentença de reintegração de posse (caso dos autos), o art. 520, inc. IV, do CPC, impõe ao exequente o depósito prévio de caução. Recurso parcialmente provido. (TJSP - 1007003-66.2021.8.26.0482 - Re-

Acesso ao Sumário

lator(a): Neto Barbosa Ferreira - Órgão julgador: 29ª Câmara de Direito Privado - Publicação: 28/02/2023).

Indenização pelas acessões é devida, porém não há elementos para acolher a estimativa correspondente a trinta por cento (30%) do valor do imóvel. Mais adequado que se apure em fase liquidação de sentença, como determinado pela MMª Juíza, observado que não foi objeto de insurgência pela ré.

Nesse contexto, pelo meu voto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso do autor para afastar a incidência de taxa de fruição; e, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da ré para reduzir o percentual de devolução de 85% para 80% dos valores pagos.**

Sucumbentes recíprocos, cada parte arcará com metade das custas processuais e com as despesas para as quais deram causa.

Como houve provimentos parciais dos recursos, não há possibilidade de majoração dos honorários de sucumbência (Tema 1059, do Colendo Superior Tribunal de Justiça).

Considera-se prequestionada toda matéria constitucional e infraconstitucional discutida, evitando-se, com isso, oposição de embargos para este fim (Súmulas 211 do Superior Tribunal de Justiça e 282 do Supremo Tribunal Federal).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000507-47.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MANDIC S.A., é apelado ESSENCIS SOLUÇÕES AMBIENTAIS S/A.

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 39181)**

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

São Paulo, 11 de março de 2024.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C.C REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INADIMPLEMENTO PARCIAL POR PARTE DA RÉ CONFIGURADO. RESTITUIÇÃO DO VALOR RESIDUAL ADIANTADO DEVIDO. PROVA PERICIAL. LAUDO CON-

CLUSIVO. RESSARCIMENTO DE HONORÁRIOS CONTRATUAIS. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. Apelação provida em parte.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 316/327, com preparo às fls. 328/329) interposta contra a r. sentença de fls. 290/292 (da lavra do MM. Juiz Rogério Márcio Teixeira), cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente o pedido, nos seguintes termos: "*Posto isso, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE esta ação para: a) declarar a rescisão do contrato de fls. 27/34, condenando a ré à devolução do total não impugnado de R$ 122.708,33, com juros de 1% ao mês a partir da citação (artigo 240 do CPC) e correção monetária pela tabela prática do TJSP desde a propositura desta ação (artigo 1º, § 2º, da Lei nº 6.899/81); b) condenar a ré ao pagamento dos honorários contratuais despendidos pela autora para a propositura desta ação, no total de R$ 5.000,00, com juros de 1% ao mês a partir da citação (artigo 240 do CPC) e correção monetária pela tabela prática do TJSP desde a propositura desta ação (artigo 1º, § 2º, da Lei nº6.899/81); c) em razão da sucumbência recíproca, nos termos do artigo 86 do CPC, condenar o autor ao pagamento de 40% e a ré ao pagamento de 60% das custas e despesas processuais; d) com base no artigo 85, § 14, do CPC, condenar cada parte a pagar os honorários advocatícios da outra, que fixo, com base no artigo 85, § 2º, do CPC, em 10% sobre o valor atualizado da causa, essa atualização com juros de 1% ao mês e correção monetária pela tabela prática do TJSP, tudo a partir do trânsito em julgado desta sentença. P.R.I.*".

Embargos de declaração opostos às fls. 295/303, rejeitados, consoante r. decisão de fls. 313.

Alega o réu e apelante, preliminarmente, a nulidade da sentença, decorrente de cerceamento de defesa, em razão da necessidade de prova testemunhal. Argumenta que houve decisão surpresa, e ainda que a sentença não foi devidamente fundamentada. Quanto ao mérito, afirma que a sentença é contraditória, e que as críticas formuladas em face do laudo pericial não teriam sido objeto de menção pelo juízo *a quo*. Impugna o laudo pericial e afirma a "quase imprestabilidade" de referido documento. Argumenta que como não havia especificação no contrato, não há que se falar em descumprimento contratual. Aponta o descabimento da restituição de honorários contratuais. Aponta incorreção na distribuição da sucumbência. Requer a reforma do julgado.

O recurso é tempestivo (fls. 315 e 316) e foi recepcionado em primeiro grau (art. 1010 e seguintes do NCPC), preenchendo as suas necessárias condições de admissibilidade.

Vieram contrarrazões às fls. 333/340, pugnando pelo improvimento do

Acesso ao Sumário

recurso, com a majoração dos honorários de sucumbência, em razão do trabalho realizado na fase recursal.

É o relatório.

Narra a autora que celebrou com a ré contrato de prestação de serviços para a hospedagem de *hostings*, com valor anual de R$ 80.000,00, que incluía aluguel de servidores e da infraestrutura adjacente e que, em abril de 2012, uma queda de energia danificou o disco rígido (HD) de uma das máquinas, acarretando inacessibilidade dos sistemas eletrônicos, perda de documentos, desajuste no setor administrativo e dificuldades operacionais, o que ocorreu pela ausência do sistema de espelhamento de dados contratado e pela utilização de peças e equipamentos diversos dos oferecidos inicialmente. Pretende, com o ajuizamento da demanda, a rescisão contratual, com o ressarcimento da quantia de R$ 122.708,33, referente ao valor residual já adiantado quando do inadimplemento, além do pagamento de indenização por danos materiais de R$ 48.951,01, multa contratual de 10% sobre todos os danos experimentados, do reembolso de honorários contratuais despendidos para a propositura desta ação, no total de R$ 5.000,00, e indenização por danos morais, decorrentes dos mesmos fatos.

Foi proferida sentença de parcial procedência, remanescendo inconformismo por parte da ré.

Inicialmente, rejeito a alegação de nulidade processual em razão de ausência de fundamentação do decisório. Isso porque, o fato de o MM. Juiz *a quo* ter proferido sentença relatando e fundamentando seu convencimento de maneira sucinta não a torna nula, uma vez que estão presentes os requisitos do art. 489 do CPC.

Não se exige que as decisões sejam extensamente fundamentadas, mas que o juiz dê as razões de seu convencimento, o que se verifica ter sido realizado no desenvolvimento do raciocínio do Magistrado *a quo*, quanto às matérias por ele analisadas na sentença, não havendo que se falar em omissão, contradição, tampouco nulidade do *decisum* monocrático, ora combatido.

Anote-se, por oportuno, que o fato de não ter o magistrado feito menção às críticas formuladas em face do laudo pericial - ou a qualquer argumento da parte - não é suficiente a tornar o decisório nulo, cediço que o julgador possui, tão somente, a obrigação de analisar os pedidos e fundamentar sua decisão, sendo esta a hipótese dos autos.

Também não há que se falar em ocorrência de cerceamento de defesa, eis que compete à parte proporcionar os meios para convencimento do julgador e não ao juízo determinar a produção desta ou daquela prova, em favor ou em desfavor de quaisquer das partes.

De acordo com o disposto no art. 139, II, do CPC/2015, as diligências inúteis ou meramente protelatórias devem ser indeferidas pelo julgador, para que, assim, o processamento seja realizado, não apenas de forma justa, mas

Acesso ao Sumário

também célere e econômica. O princípio da economia impõe que, quando por várias formas puder ser alcançado um mesmo objetivo, se opte pela menos dispendiosa.

Assim sendo, a prova útil é aquela que, além de recair sobre fatos pertinentes para a solução do litígio, puder, efetivamente, trazer proveito para a parte que a requer, sendo hábil a alcançar os objetivos que dela se espera.

Não basta que o litigante tenha sido impedido de produzir determinada prova, sendo pertinente averiguar se o ato que pretendia realizar guarda pertinência com o objeto da lide, se o pleito é adequado e formulado no momento oportuno e, ainda, qual a necessidade de sua realização.

Deve-se homenagear, outrossim, o princípio da livre persuasão racional, consoante dispõe, aliás, o artigo 370 do Código de Processo Civil, cabendo ao juiz, em sua função jurisdicional, "*... determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias*".

No caso concreto, não há que se falar na necessidade de realização de prova testemunhal, cumprindo anotar, no ponto, a evidente preclusão, uma vez que, intimadas as partes a indicar as provas que pretendiam produzir (fls. 129), afirmou a ré apelante não ter provas a produzir (fls. 131/132). Não colhe, outrossim, o argumento da apelante no sentido de que "*a prova testemunhal só se mostrou necessária em razão da insuficiência e da quase imprestabilidade do laudo pericial*", insuficiente a afastar os efeitos da preclusão consumativa. E ainda que assim não fosse, o trabalho pericial apresentado nos autos é conclusivo, ausente a alegada insuficiência ou "quase imprestabilidade". Cai por terra, assim, a alegação de violação ao contraditório e à ampla defesa.

Afastada a preliminar de nulidade da sentença, portanto, eis que inocorreu o cerceamento defensório.

Por sua vez, não se verifica ter havido a alegada "decisão surpresa". O queixume da apelante não passa de mais um argumento infundado a fim de prevalecer o seu entendimento de que haveria a necessidade de produção de novas provas no presente caso, o que, contudo, não deve ser acolhido.

Passa-se à análise do mérito.

A questão controvertida, ou seja, o alegado inadimplemento contratual por parte da ré, resolve-se sob o ângulo exclusivamente pericial, cuja prova pairou sob o inequívoco crivo do contraditório (fls. 134/135, 137/138, 147/149, 156, 157, 183/184, 185/186, 191/192, 195/198, 199/200, 201/202, 223/226, 229/231, 246/259, 262/273, 280/282, 288 e 289).

Concluiu o i. vistor, após análise documental e esclarecimentos fornecidos pelas partes que: "*De acordo com a documentação apresentada, restou claro e incontroverso que: 1. No dia 30/4/2012 16:28 horas ocorreu, no Datacenter Intelig utilizado pela Mandic para prestação dos serviços contratados*

Acesso ao Sumário

pelo REQUERENTE, a interrupção de energia elétrica provida pela Concessionária Eletropaulo; 2. Na sequência, o grupo geradores assumiram a carga do prédio, todavia, ocorreu uma falha no gerador responsável pelo fornecimento de energia no circuito onde estava localizado os servidores utilizados pelo REQUERENTE; 3. Os servidores ficaram desligados até às 23:43 horas do mesmo dia, momento em que a energia elétrica foi restabelecida em todos os circuitos; 4. Após o restabelecimento da energia elétrica, os técnicos do REQUERENTE identificaram que a causa do servidor ESSENCIS03 não entrar no ar era que havia um disco rígido (HD) com defeito; 5. Solicitado pelo cliente, a MANDIC autorizou que os técnicos do REQUERENTE levassem "os discos" para empresa especializada em recuperação de dados; 6. Os técnicos da MANDIC disponibilizaram 2 novos discos tipo SAS de 300GB para instalar no citado servidor, todavia, tiveram que substituir o servidor original uma vez que perceberam que esse não estava equipado com a placa controladora necessária para suportar este tipo de disco; 7. A troca do servidor por outro compatível com a tecnologia SAS indica que o REQUERIDO não disponibilizou o servidor conforme originalmente acordado, pois deveria contratualmente suportar discos SAS.." (g.n. - cf. fls. 257).

Afirmou o vistor, ainda, que não houve a preservação dos servidores, e indicou que "*O REQUERIDO alega que disponibilizou o servidor com dois discos espelhados, todavia, sem comprovação documental*", e ainda, que "*o REQUERIDO não conseguiu comprovar que disponibilizou os servidores configurados em RAID 1 (espelhamento), conforme contratado, configuração essa contestada pelo Sr. Ronaldo Adriano Martins, analista de TI do REQUERENTE à época dos fatos, uma vez que, autorizado pela MANDIC, esteve no local e abriu o servidor.*" (fls. 258).

Assim, tem-se que não há prova no sentido de que a ré observou as especificações do contrato quanto aos equipamentos fornecidos, o que não se restringe simplesmente à marca dos equipamentos, diversamente do que pretende fazer crer a apelante.

As conclusões periciais foram fundamentadas em detalhado exame documental, em cotejo com as alegações das partes, constando ainda de referido trabalho as respostas aos quesitos apresentados pelas partes, de modo que nenhuma impropriedade se vislumbra no trabalho técnico realizado, e que deve ser prestigiado, portanto, ausente qualquer incongruência, ou mesmo contradição na sentença, que bem concluiu pelo descumprimento parcial do contrato pelo réu, ensejando sua rescisão e a devolução dos valores adiantados pela autora.

Lado outro, merece acolhimento a insurgência quanto à condenação relativa aos honorários advocatícios contratuais, necessários à busca do direito aqui reclamado, eis que de fato, é descabida.

Prevalece o entendimento de que a contratação de advogado é questão

Acesso ao Sumário

atinente à parte e ao profissional escolhido, não podendo atingir terceiros. As despesas com a contratação de advogado particular não são devidas, porquanto dizem com contrato do qual não participou a demandada.

Nesse sentido, recentes precedentes desta E. 34ª Câmara e do C. STJ:

"Prestação de serviços. Telefonia. Ação declaratória c.c. indenização por danos materiais e morais. Não comporta acolhimento a pretensão de ressarcimento do montante gasto pelo autor com honorários advocatícios contratuais. A verba em questão foi estipulada em instrumento celebrado entre o demandante e seus advogados, sem a anuência da ré, de modo que não pode produzir efeitos contra ela. Precedentes desta E. Corte e do Col. STJ. De acordo com a disciplina do CPC/2015, nas causas de valor muito baixo ou nas quais o proveito econômico for inestimável ou irrisório, a fixação de honorários sucumbenciais se dá por apreciação equitativa. No caso vertente, ademais, montante inferior ao fixado na origem, R$ 1.000,00, seria incapaz de remunerar dignamente o trabalho desempenhado pelo causídico, abeirando-se do aviltamento. Recurso parcialmente provido."[1]

"Apelação. Ação de cobrança. Seguro facultativo. Furto de automóvel estacionado em via pública. Veículo que estava sendo utilizado por condutor diverso do declarado e para ida e volta ao trabalho. Agravamento do risco não comprovado. Negativa de pagamento indevida. Danos morais não verificados. Honorários contratuais indevidos. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido."[2]

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. DANO MATERIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. PERDAS E DANOS. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. A orientação dessa Corte Superior entende que os custos provenientes da contratação de advogado para ajuizamento de ação, por si só, não constitui ilícito capaz de gerar dano material passível de indenização, tendo em vista estar inserido no exercício regular do contraditório e da ampla defesa.

2. Agravo interno não provido."[3]

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DA PARTE VITORIOSA À CONDENAÇÃO DA SUCUMBENTE AOS HONORÁRIOS CONTRATUAIS DESPENDIDOS. DESCABIMENTO. PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL E DA SE-

1 Apelação 1092515-38.2017.8.26.0100 - TJSP 34ª Câm. Dir. Privado - Rel. Des. Gomes Varjão - j. em 08/02/2019.

2 Apelação 1001871-83.2017.8.26.0606 - TJSP 34ª Câm. Dir. Privado - Rel. Des. Nestor Duarte - j. em 18/12/2018.

3 AgInt na PET no AREsp 834.691/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 07/02/2019, DJe 13/02/2019

GUNDA SEÇÃO DO STJ. DANO MORAL. NÃO INCIDÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ.

1. A Corte Especial e a Segunda Seção do STJ já se pronunciaram no sentido de ser incabível a condenação da parte sucumbente aos honorários contratuais despendidos pela vencedora. Precedentes: EREsp. 1.507.864/RS, Relatora Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/4/2016, DJe 11/5/2016 e EREsp 1.155.527/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/6/2012, DJe 28/6/2012).

2. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória (Súmula 7/STJ).

3. Agravo interno a que se nega provimento."[4]

"RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PARCIAL PROVIMENTO. CONDENAÇÃO DA EMBARGADA AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA E DESPESAS PROCESSUAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONVENCIONAIS. GASTO EXTRAPROCESSUAL NÃO PREVISTO NO ART. 20 DO CPC/73. JULGAMENTO: CPC/73.

1. Execução de título extrajudicial, da qual foi extraído este recurso especial, interposto em 10/09/2014 e atribuído ao gabinete em 25/08/2016.

2. O propósito recursal é decidir se os honorários advocatícios contratuais devem ser incluídos no cálculo das despesas processuais, a cujo pagamento foi condenada a recorrida, com fulcro no art. 20 do CPC/73.

3. O art. 20 do CPC/73, ao tratar do custo do processo, imputou ao vencido, com base nos princípios da causalidade e da sucumbência, a responsabilidade final pelo pagamento dos gastos endoprocessuais, ou seja, aqueles necessários à formação, desenvolvimento e extinção do processo.

4. Os gastos extraprocessuais - aqueles realizados fora do processo -, ainda que assumidos em razão dele, não se incluem dentre aquelas despesas às quais faz alusão o art. 20 do CPC/73, motivo pelo qual nelas não estão contidos os honorários contratuais, convencionados entre o advogado e o seu cliente, mesmo quando este vence a demanda. 5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido.".[5]

Finalmente, não se vislumbra incorreção quanto à distribuição dos ônus sucumbenciais, observados os princípios da causalidade e da proporcionalidade, e corretamente verificada a sucumbência recíproca, com a fixação de honorários no mínimo legal previsto, de modo que nenhum reparo merece a r. sentença neste ponto.

Acesso ao Sumário

4 AgInt no AREsp 1332170/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. em 07/02/2019, DJe 14/02/2019.

5 REsp 1571818/MG, T3, de relatoria da ministra Nancy Andrighi, j. 9/10/2018

Assim, merece reparo a r. sentença de primeiro grau, apenas para o fim de excluir a condenação relativa aos honorários contratuais, restando mantida quanto ao mais.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso, nos termos do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1021956-69.2020.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que são apelantes FUNDAÇÃO AGRIPINO LIMA e TV FRONTEIRA PAULISTA LTDA., são apelados GABRIEL DE OLIVEIRA LIMA CARAPEBA, GUILHERME DE OLIVEIRA LIMA CARAPEBA, VINICIUS DE OLIVEIRA LIMA, ANA CRISTINA DE OLIVEIRA LIMA, AMANDA DE OLIVEIRA LIMA FERREIRA, FABIOLA DE OLIVEIRA LIMA ANÉAS BORGES, BRUNNO DE OLIVEIRA LIMA ANEAS, MURILO DE OLIVEIRA LIMA CARAPEBA, MARIA REGINA DE OLIVEIRA LIMA, AUGUSTO CESAR DE OLIVEIRA LIMA, AGRIPINO DE OLIVEIRA LIMA NETO, LAURA DE ALMEIDA OLIVEIRA LIMA e EDUARDA DE OLIVEIRA LIMA.

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 34162)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente sem voto), THEODURETO CAMARGO e CLARA MARIA ARAÚJO XAVIER.

São Paulo, 13 de março de 2024.

SILVÉRIO DA SILVA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DANO MORAL. DIREITO DE IMAGEM. SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE - DOCUMENTÁRIO DA VIDA DO PAI E AVÔ DOS AUTORES, COM EXIBIÇÃO DE FOTOGRAFIA DE PAI E FILHOS. LEGITIMIDADE ATIVA DOS NETOS QUANTO AO PEDIDO DE ABSTENÇÃO DE EXIBIÇÃO DE SUA IMAGEM. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTÁRIO QUE NÃO SE CONFUNDE COM BIOGRAFIA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DOS AUTORES PARA EXIBIÇÃO DE FOTOGRAFIA, AINDA QUE SEM

Acesso ao Sumário

FINS LUCRATIVOS. DIREITO À IMAGEM VIOLADO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DIRETA E ESPECÍFICA DOS AUTORES. ABSTENÇÃO DO USO DAS IMAGENS DOS AUTORES. SENTENÇA MANTIDA. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO

VOTO

A sentença a fls. 319/326, cujo relatório adoto, julgou parcialmente procedente o pedido apenas para condenar as requeridas a se absterem de usar as imagens dos autores em peças publicitárias, ainda que sem fins lucrativos, sem autorização, sob pena de multa de R$ 10.000,00 (dez mil reais) cada vez que violarem a ordem. O valor da multa aqui fixado será corrigido monetariamente a partir da data da publicação desta sentença, até a data em que porventura tiver que ser aplicada, porque derivado de arbitramento contemporâneo a este julgamento. Julgou improcedente o pedido de indenização para reparação dos danos morais. Condeno as requeridas a suportar, solidariamente, metade das custas e das despesas do processo, bem como pagar verba honorária que fixo em R$ 6.510,00 (seis mil, quinhentos e dez reais), consoante apreciação equitativa1, dada a natureza da obrigação em relação à qual sucumbiram (obrigação de não fazer) e a relevância do valor protegido (Direito de imagem). O valor arbitrado será corrigido monetariamente a partir da data da publicação desta sentença, porque derivado de arbitramento contemporâneo à decisão, e acrescido de juros legais (1% ao mês) a partir da data do trânsito em julgado, nos termos do § 16 do art. 85 do CPC2.

Apela a corré TV Fronteira Paulista Ltda, a fls. 330/339, alegando ilegitimidade passiva dos netos do homenageado. Pede condenação ao pagamento das verbas de sucumbência.

No mérito, diz que a foto em que os apelados aparecem jovens teria duração de 3,5 segundos, que não houve demonstração de ato ilícito, e que a exigência de autorização prévia seria desnecessária no caso em que se retrata a vida e obra de homem público. Pede a improcedência do pedido, com afastamento da multa e autorização da veiculação da imagem dos apelados.

A Fundação Agripino Lima apela, a fls. 343/349, arguindo preliminar de ilegitimidade ativa dos netos do homenageado.

No mérito, aponta ausência de dano e desnecessidade de autorização prévia, por se tratar de obra bibliográfica.

Diz que os apelados utilizaram da mesma fotografia para homenagear a genitora, o que afasta o alegado dano.

Pede a reforma da sentença, reconhecendo a ilegitimidade ativa dos netos, bem como para permitir a veiculação das imagens em homenagem a Agri-

Acesso ao Sumário

pino Lima.

Ausente contrarrazões (certidão a fls. 356).

É o relatório.

Os autores, filhos e netos de Agripino Lima, ajuizaram ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por dano moral, pretendendo obstar a veiculação de sua imagem.

Afirmam que seu irmão e tio teriam utilizado sua imagem sem autorização, para tecer supostas homenagens à história do Sr. Agripino de Oliveira Lima, se tratando de manobra de promoção pessoal de Paulo Lima, presidente da Fundação ré e diretor da TV Fronteira, candidato como prefeito nas eleições de 2020.

Rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa dos netos de Agripino Lima.

Conforme apontou a sentença, ainda que a imagem

deles não conste do documentário, há interesse de agir e legitimidade ativa porquanto o pedido é para que as rés se abstenham de divulgar sua imagem.

Ainda mais quando o tio exerce a função de diretor da Fundação e sócio da TV Fronteira.

Analiso o mérito.

É fato incontroverso que as rés utilizaram a imagem fotográfica dos autores Ana Cristina, Maria Regina e Augusto César, no documentário a respeito da vida de seu pai, Agripino Lima, sem autorização expressa.

Não se nega que é protegido o direito das pessoas à preservação de sua honra e intimidade. É cediço que há mecanismos para coibir ataques dessa natureza, assim como remédios a reparar os danos sofridos. Exemplo maior é a proteção inserida no artigo 5º, inciso X, da Carta Magna. Assim, a doutrina e jurisprudência reconhecem a obrigatoriedade de se reparar os danos.

Relevante mencionar que no caso não se trata de bibliografia, mas de documentário.

Por isso, a alegação de que a fotografia era antiga, de que não houve individualização dos autores ou ausência de finalidade econômica comercial e política, não é suficiente para autorizar a utilização da imagem dos autores, sem sua expressa anuência.

Ainda que o pai e avô dos autores tenha sido uma figura pública não é dispensada autorização para o uso de imagem dos filhos e netos.

Por isso, fica mantida a sentença que determinou às rés se absterem de utilizarem a imagem dos autores.

Ressalto que a proibição se refere à exibição da imagem dos autores, de modo que o documentário poderá ser exibido, com edição, para retirada da imagem dos autores.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso.

Em razão da interposição do recurso, majoro os honorários de advogado

Acesso ao Sumário

de R$ 6.510,00 para R$ 7.510,00.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005696-25.2022.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante R.E.V.LTDA.M., é apelada R.S.A.

ACORDAM, em 11ª 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 13.109)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARINO NETO (Presidente sem voto), JOSÉ WILSON GONÇALVES e WALTER FONSECA.

São Paulo, 14 de março de 2024.

MARCO FÁBIO MORSELLO, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - Gestão de meios de pagamento - Sentença de improcedência Irresignação do autor - Acolhimento - Créditos relativos a transação realizada com cartão de crédito, por meio do sistema administrado pela ré - Ausência de repasse ao autor, sob a alegação de que a operação foi impugnada pelo titular do cartão - Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor - Serviço que é utilizado como insumo na atividade econômica desenvolvida pelo requerente - Risco da atividade que recai sobre a requerida - No caso em testilha, não restou evidenciado o descumprimento de normas de segurança e de prevenção por parte do estabelecimento comercial - Ré que não constatou a fraude de imediato e somente comunicou o autor ao menos uma semana depois da operação - Condenação da ré ao pagamento de indenização pelos valores referentes à venda realizada pelo autor que é medida de rigor - Sentença reformada - Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de sentença (fls. 440/443), cujo relatório se adota, que, em sede

de "ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais com reparação por danos materiais", ajuizada por R.E.V.Ltda. em face de R.S.A., julgou improcedentes os pedidos, condenando a autora no pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 10% do valor atualizado da causa.

A autora opôs embargos de declaração (fls. 446/453), os quais não foram acolhidos (fl. 454).

Irresignada, recorre a autora (fls. 457/481), aduzindo, em síntese, que houve falha na prestação dos serviços prestados pela ré, porque esta teria autorizado a venda online de produtos a determinados clientes, no total de R$ 138.071,40, tendo informado a respeito do não reconhecimento da compra apenas após meses da autorização e da entrega dos bens. Afirma que a ré, em nenhum momento, bloqueou a venda das mercadorias ou impediu a venda pela recorrente. Assevera, nesse sentido, a aplicação da teoria do risco profissional e a Súmula 479 do STJ. Forte nessas premissas, requereu a reforma da r. sentença, para que a ré seja condenada ao pagamento de R$ 138.071,40, referente ao dano material suportado.

O recurso é tempestivo e preparado (fls. 482/483).

Intimada, a apelada apresentou contrarrazões (fls. 487/513).

As partes se opuseram ao julgamento em sessão virtual (fls. 521 e 523).

É o relatório.

Trata-se de ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais com reparação por danos materiais, ajuizada por R.E.V.Ltda. em face de R.S.A., em que a autora narra que, exerce atividade de comércio eletrônico no ramo veterinário; firmou contrato de credenciamento para vendas com cartão; no segundo semestre de 2021 vendeu produtos a pessoas residentes em Maceió-AL no valor total de R$138.071,40; no final desse ano a ré abriu procedimento de "chargeback", embora tivesse aprovado as compras; é abusiva a estipulação de cancelamento das transações; pediu seja declarada a nulidade da cláusula 29 e a condenação da ré no pagamento da quantia.

Em sede de contestação (fls. 255/275), a ré esclareceu, inicialmente, que a autorização provém do banco emissor; os compradores usaram cartões de terceiros, os quais não reconheceram a transação; as operações denominadas "venda digitada" são risco do estabelecimento; legalidade do contrato; negou o cometimento de ilícito e pugnou pela improcedência da demanda.

A autora se manifestou em réplica (fls. 346/357).

A preliminar foi afastada (fl. 404).

Na audiência de instrução (fls. 416/416), foram ouvidas duas testemunhas arroladas pela autora.

Por fim, sobreveio a sentença *a quo* (fls. 440/443), nos termos já expostos.

Tecidas referidas considerações, por proêmio, cumpre consignar que inexiste relação de consumo entre as partes, pois o autor, ora apelante, não pode ser

Acesso ao Sumário

qualificado como consumidor, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.078/90 ("*Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*").

Trata-se, em verdade, de relação de insumo, porquanto o apelante utiliza os serviços prestados pela empresa para o fomento de sua atividade produtiva.

A propósito, Cláudia Lima Marques leciona:

"*Nesse sentido, parece-me possível concluir que os contratos entre o banco e os profissionais, nos quais os serviços prestados pelos bancos estejam, em última análise, canalizados para a atividade profissional destas pessoas físicas (profissionais liberais, comerciantes individuais) ou jurídicas (sociedades civis e comerciais), devem ser regidos pelo direito comum, direito comercial e leis específicas sobre o tema. Só excepcionalmente, por decisão do Judiciário, tendo em vista a vulnerabilidade do contratante e sua situação equiparável ao do consumidor stricto sensu, serão aplicadas as normas especiais do CDC a estes contratos entre dois profissionais*" (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 2002, p. 455-456).

Neste sentido também já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça

"Conforme orientação adotada por esta Corte, a aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária" (STJ Resp 701.370-PR, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, j. 16/08/2005, DJ de 05.09.2005, p. 430).

Confiram-se, ainda, precedentes deste Egrégio Sodalício:

"CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE RECEBIMENTO DE VALORES ORIUNDOS DE TRANSAÇÕES REALIZADAS COM CARTÃO, POR MEIO COM TERMINAL CIELO. Impossibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, dada a natureza de insumo da relação, destinada ao incremento da atividade comercial da Autora." (Apelação nº 005129-54.2015.8.26.0650, rel. Des. Mario de Oliveira, j. 03/07/2018).

"AÇÃO DE COBRANÇA. Ressarcimento. Cartão de Crédito. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Contrato de credenciamento ao sistema Getnet. Relação entre as partes que não é regida pelo Código de Defesa do Consumidor. Contrato firmado entre as partes que prevê a possibilidade de não realização do repasse e/ou estorno de valores em casos de transações irregulares. Situação não verificada no caso em análise. Demonstrada a efetiva realização das transações por meio de uso de senha pessoal, inclusive com código de autorização pela Ré (pág. 13). Responsabilidade da Apelante corretamente reconhecida. Sentença de parcial

Acesso ao Sumário

procedência mantida. Honorários sucumbenciais majorados para 15% do valor da condenação (art. 85, §11, do CPC). Recurso não provido." (Apelação nº 1130115-64.2015.8.26.0100, 37ª Câmara de Direito Privado, rel. João Pazine Neto, j. 04/09/2018).

Desse modo, afastada a incidência do Código de Defesa do Consumidor, o contrato de credenciamento e adesão de estabelecimento em exame submete-se às normas do Código Civil, com especial destaque ao regime de responsabilidade estabelecido no parágrafo único do art. 927 desse diploma, segundo o qual "*haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*"

Nesse ponto, segundo a jurisprudência desta Corte de Justiça, a fraude verificada nas operações envolvendo a utilização de cartões para compras, insere-se no risco de atividade da requerida, com base no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, ressalvada a hipótese de comprovação de má-fé por parte do vendedor com o qual possui vínculo contratual no âmbito do credenciamento dos cartões.

Assim, por mais que se alegue que a retenção dos valores fora feita em virtude de contestação pelo portador, sob a alegação de não ter sido ele quem realizou a compra, resta incontroverso que todas as operações aqui discutidas foram previamente aprovadas pela requerida, a quem cabe, enquanto intermediadora, adotar medidas de segurança com fulcro à prévia comprovação da titularidade do meio de pagamento.

Ademais, reputa-se abusiva a cláusula contratual que transfere o risco ao estabelecimento em caso de fraude, após a autorização da operação pela ré, pois, em última análise, transferir-se-ia ao estabelecimento o risco da atividade desenvolvida pela própria requerida.

Nesse sentido, assim se pronunciou este Egrégio Tribunal ao julgar casos semelhantes:

"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - Autora que reclama ter suportado prejuízos por culpa da ré, que autorizou transações posteriormente verificadas fraudulentas e canceladas - Transações processadas pela demandada, que foram objeto de contestação pelo titular do cartão de crédito, resultando no estorno dos valores, o que, contudo, só foi comunicado à autora após a efetiva prestação dos serviços (locação de flat por curta temporada pelo site 'booking.com') - Sentença de procedência mantida - Fatos narrados pela autora que são incontroversos, impugnando a ré, tão somente, sua responsabilização pelos prejuízos - Código de Defesa do Consumidor que incide na hipótese tratada nestes autos, predicado da aplicação da teoria finalista mitigada - Ré que imputa à autora a responsabilidade financeira pela ocorrência de contestação do

Acesso ao Sumário

pagamento ("chargeback"), o que faz com amparo em cláusula contratual - Descabimento - **Ré que responde pela transação que viabilizou, prestando, justamente, serviço de intermediação segura de pagamentos com cartão - Demandada a quem cabe, com exclusividade, adotar medidas de segurança voltadas à prévia comprovação da titularidade do meio de pagamento, bem como a veracidade das informações entradas em seu sistema** - Risco da atividade que não pode ser transferido à autora, que nenhuma ingerência tem sobre o processamento de cartões de crédito, atividade que confiou à ré - Sentença mantida - Honorários recursais devidos - RECURSO DESPROVIDO." (Apelação Cível 1008098-21.2018.8.26.0100; Relator (a): Angela Lopes; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 32ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/10/2021; Data de Registro: 25/10/2021, destaques nossos).

"AÇÃO DE COBRANÇA CONTRATO DE CREDENCIAMENTO AO SISTEMA DE CARTÃO DE CRÉDITO Pretensão da autora de recebimento das quantias referentes ao repasse dos créditos de suas vendas Retenção das quantias em razão de "Chargeback" (cancelamento de compra em virtude do não reconhecimento pelo titular do cartão de débito ou crédito). Sentença que julgou procedente o pedido Pretensão da ré de reforma. INADMISSIBILIDADE: É abusiva a cláusula contratual que possibilita a retenção de quantias oriundas da transação comercial após ter sido efetivamente aprovada, em caso de suspeita de fraude. Referida cláusula viola a boa-fé objetiva. Não pode a ré atribuir esse ônus ao seu cliente e se eximir da responsabilidade em relação ao serviço prestado de forma defeituosa, considerando-se que cabe a ela o dever de evitar fraudes e de manter seu sistema seguro e atualizado. Ademais, a autora juntou na inicial os documentos suficientes para a demonstração dos valores pleiteados. Precedentes desta E. Corte. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO". (Apelação Cível nº 1031982-79.2018.8.26.0100, 15ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Elói Estevão Troly, j. 01-04-2020, v.u.).

"APELAÇÃO. Ação de cobrança. Ausência de repasse de valores de vendas realizadas através do cartão de débito e crédito, retidas pela ré sob a alegação de fraude contra os titulares dos cartões. Sentença de procedência. Recurso da ré. 1. Cerceamento de defesa não configurado. Desnecessidade de expedição de ofício a instituições financeiras emissoras de cartões empregados em suposta fraude. Questão controvertida esclarecida nos autos. Adequado julgamento antecipado (art. 355, inc. I, do CPC). 2. Alegação de fraude na utilização dos cartões não comprovada. Responsabilidade da operadora do sistema, uma vez que o risco inerente

Acesso ao Sumário

a sua atividade. Ausência de prova de negligência ou má-fé da autora. 3. Sentença mantida, com majoração de honorários. Recurso desprovido." (Apelação Cível nº 1031982-79.2018.8.26.0100, 15ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Elói Estevão Troly, j. 01-04-2020, v. u.).

"PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Meios de pagamento. Contrato de utilização de máquinas de cartão de crédito. Retenção do repasse à empresa contratante sob alegação de ocorrência de fraudes nas vendas. Segurança das operações que deve ser imputada a ré, remunerada para tanto, emdecorrência do risco da atividade. Recurso não provido." (Apelação Cível nº 0042979-50.2012.8.26.0068, 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Gilberto dos Santos, j. 01-02-2018, v. u.).

"APELAÇÃO. Ação de indenização por danos materiais e morais. Compra com cartão de crédito. Venda digitada. Sistema Cielo. Sentença de improcedência. Insurgência da autora. Parcial razão. Inaplicável o Código de Defesa do Consumidor. Empresa autora filiada ao sistema de soluções de pagamento da ré. Vendas efetuadas pelo telefone por meio de cartão de crédito. Constatação de fraude pela ré. Recusa de repasse do valor correspondente às vendas. Inadmissibilidade. Autorização e aprovação da venda pela ré que, com isto, assume o risco de sua atividade empresarial que não pode ser repassado ao lojista. Dever de restituir o valor da compra ao lojista. Dano moral não caracterizado, contudo. Recurso parcialmente provido." (Apelação Cível nº 1011024-57.2016.8.26.0451, 20ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Roberto Maia, j. 26-11-2018, v. u.).

Não houve, por outro lado, demonstração de que a apelante teria agido de má-fé ou faltado com a diligência que lhe seria esperada ao dar continuidade as operações ora impugnadas.

Ao contrapor os fatos e demais elementos probatórios dos autos, infere-se que a fraude foi perpetrada por uma omissão atribuível à plataforma de venda, e não ao estabelecimento comercial, que confiou na aprovação das transações e, por conseguinte, liberou os produtos para entrega, ausente prova de que teria descumprido as normas de segurança atinentes à modalidade de venda "sem cartão presente".

Observe-se que as compras sobre as quais se operaram os *chargebacks*, embora tenham sido efetuadas entre 08/09/2021 e 27/10/2021, foi autorizada pela ré, o que restou incontroverso. Verifica-se, ademais, que a empresa ré apenas procedeu ao cancelamento das operações entre os dias 14/09/2021 e 17/11/2021 (fls. 319/338), isto é, ao menos uma semana após a data da operação, também tendo comunicado a empresa autora após esta data.

Evidentemente, se a requerida tivesse constatado a fraude de imediato e, logo em seguida, comunicado o estabelecimento comercial acerca do ocorrido, a entrega da mercadoria não teria sido efetivada.

Acesso ao Sumário

Destarte, considerando (i) a responsabilidade da credenciadora ré pelas fraudes verificadas nas operações de cartões de crédito, risco inerente à sua atividade, e (ii) a ausência de elementos concretos que evidenciem o descumprimento de normas de segurança pelo requerente, à luz da autorização das transações em questão pela ré, configurando-se comportamento contraditório ao negar o pagamento posteriormente, julga-se procedente a demanda, para o fim de condenar a apelada ao pagamento do montante referente à venda realizada pelo autor, corrigida conforme a tabela prática do TJSP desde o respectivo desembolso e acrescida de juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso, para dar procedência aos pedidos iniciais e condenar a ré ao pagamento do montante referente à venda realizada pelo autor (R$ 138.071,40), corrigida conforme a tabela prática do TJSP desde o respectivo desembolso e acrescida de juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação.

Invertida a distribuição dos ônus de sucumbência, condeno a parte ré ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, os quais arbitro em 12% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §2º, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0009007-84.2022.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante M.L.A.B.S.J., é apelado M.C.J.

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 32355)**

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

São Paulo, 12 de março de 2024

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Relator

Ementa: IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPOSIÇÃO DE MULTA. MEDIDA CABÍVEL APENAS EM CASOS EXTREMOS. Insurgência contra extinção do cumprimento de sentença. Decisão mantida.

1. PRELIMINAR DE PRESUNÇÃO PRO JUDICATO. Descabimento. Decisão anterior em sede de cog-

Acesso ao Sumário

nição sumária não impede a alteração do entendimento após exaurimento do trâmite processual.
2. APLICAÇÃO DA MULTA. Não obstante a existência de decisão para regulamentação de visitas, não cabe ao Judiciário dotar de rigidez relações que, por sua natureza, exigem flexibilidade, sob pena de prejudicar a própria criança, exposto à rejeição decorrente manutenção forçada da convivência em momentos em que falte disponibilidade pessoal para um dos genitores. Caso em que foram quatro "descumprimentos", previamente comunicados e com indicação de possibilidade de compensação em outras ocasiões. Guardiã-genitora que também solicitou alterações pontuais no regime de convivência. Multa descabida.
RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação tirado contra a r. sentença de ps. 149/154 e 171/173, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Família e das Sucessões da Comarca de Ribeirão Preto, que acolheu a impugnação ao cumprimento de sentença, para extinguir o processo, condenando a exequente ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em R$ 2.600,00.

Pleiteia a apelante a reforma do julgado, alegando, em síntese, que a sentença contraria o parecer do Ministério Público, bem como a decisão de ps. 70/71 que já havia reconhecido o caráter obrigacional do regime de visitas e fixado multa para o caso de descumprimento; que houve preclusão *pro judicato* (art. 505, CPC) porque a r. sentença ignorou o prévio reconhecimento da natureza obrigacional da convivência; que o regime de visitas não é faculdade, sob pena de impor à genitora o dever de se manter à disposição para suprir as faltas do apelado; que, nos termos do art. 526, §1º do CPC, são cabíveis multa para cumprimento; que, nesta sede, descabe a discussão acerca do título judicial, devendo serem tomadas as providências necessárias para o cumprimento; que as justificativas jamais poderiam ser acolhidas porque cabe ao apelado tomar as providências necessárias para o cumprimento sem transferir à apelante o ônus de alteração de sua rotina; que, ao menos, deve ser confirmadas as astreintes para evitar novos descumprimentos, até porque o filho é deficiente e necessita de rotina; e, finalmente, que a verba sucumbencial deve ser imputada ao apelado que deu causa à propositura da medida.

Apresentadas as contrarrazões (ps. 209/224), bem como o parecer da douta Procuradoria de Justiça (ps. 246/249), encontram-se os autos em termos de julgamento.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Cuida-se de cumprimento de sentença ajuizada pela genitora de Matheus, visando à imposição de multa ao genitor para compelir-lhe ao cumprimento do regime de visitas ao filho nos termos estabelecidos.

Contra o acolhimento da impugnação, extinguindo-se o processo por cumprimento da obrigação, insurge-se a exequente nesta oportunidade.

De início, afasta-se a preliminar de preclusão *pro judicato*. O art. 505, do Código de Processo Civil, ao impedir que o julgador volte a se pronunciar sobre questões referentes à mesma lide, diz respeito às **mesmas condições** de fato.

Nesse sentido, a mais abalizada doutrina:

"Embora o art. 507 mencione que às partes é vedada a rediscussão, hoje se entende que também ao Estado-juiz é proibido de rever suas decisões, na mesma instância, **sem que haja um incremento cognitivo (por exemplo, alterações fáticas ou normativas)**. Neste sentido vem a mais recente jurisprudência (STF, Ap 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17.12.2012, DJe 22.04.2013)"[6]

A decisão que determinou a cominação de multa à ps. 70/71 foi proferida em sede de cognição sumária, análise perfunctória e sem a oitiva da parte contrária.

Após a apresentação da peça de defesa e da dilação probatória, todavia, achou por bem acolher a impugnação e extinguir o processo, nos termos do art. 924, II, do Código de Processo Civil, reconhecendo que os descumprimentos foram pontuais, todos justificados, cabendo às partes atuar com flexibilidade e bom senso.

Após o encerramento da instrução, dispõe o julgador de todos os elementos para a formação de sua convicção, oportunidade em que lhe é cabível modificar seu entendimento inicial.

Destaca-se, inclusive, que a aplicação de multa não é medida cogente, mas possibilidade aberta ao julgador, dependendo das circunstâncias do caso concreto, nos termos do art. 536, do Código de Processo Civil.

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

Não se ignora a existência de título judicial regulamentando o regime de convivência entre pai e filho, a impor um misto de direitos e deveres às partes.

O Direito de Família, no entanto, em nada se engrandece com a imposição de regimes punitivos às relações familiares, ainda mais em situações nas quais não se mostra adequada essa abordagem.

O direito de visitas visa à manutenção do vínculo familiar e fortalecimento de laços de amor e cuidado. Não cabe ao Judiciário dotar de rigidez relações

Acesso ao Sumário

6 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. DIDIER JR., Freddie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 1ª Ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.307

que, por sua natureza, exigem flexibilidade, sob pena de prejudicar a própria criança, exposto à rejeição decorrente manutenção forçada da convivência em momentos em que falte disponibilidade pessoal para um dos genitores.

No caso em exame, observa-se que foram quatro oportunidades classificadas pela exequente como descumprimento das visitas. Todavia, consta que tais episódios foram previamente avisados e justificados pelo genitor, que, inclusive, propôs compensação em outras ocasiões.

De igual maneira o apelado demonstrou que também a guardiã-genitora, como é natural, solicitou alterações pontuais no regime de convivência. Tudo a indicar, portanto, que as quebras no regime fixado formam meros contratempos nas agendas dos pais, devendo ser tratados com a flexibilidade e tolerância necessárias a esse tipo de relação.

Em suma, o regime de visitação implica também à detentora da guarda obrigação de garantir e facilitar a convivência paterno-filial.

A esse propósito é a posição do Superior Tribunal de Justiça - STJ:

> "*O direito de visitação deve ser entendido como uma* ***obrigação de fazer da guardiã*** *de facilitar, assegurar e garantir, a convivência da filha com o não guardião, de modo que ele possa se encontrar com ela, manter e fortalecer os laços afetivos, e, assim, atender suas necessidades imateriais, dando cumprimento ao preceito constitucional (...) "a aplicação das astreintes em hipótese de descumprimento do regime de visitas por parte do genitor, detentor da guarda da criança, se mostra um instrumento eficiente, e, também, menos drástico para o bom desenvolvimento da personalidade da criança, que merece proteção integral e sem limitações.*" (STJ - Resp 1.481.531/SP - Relator Moura Ribeiro - j. 16/02/2017, sem grifos no original).

Em sentido semelhante já decidiu esta Câmara:

> *APELAÇÃO. Cumprimento de sentença. Pretensão de compelir o genitor a cumprir as visitas, sob pena de multa. Sentença de extinção, nos termos do art. 924, I, do CPC. As visitas garantem a convivência, gerando direito em favor do pai e não uma obrigação de fazer.* ***Eventual fixação de multa pelo descumprimento das visitas, além de ineficaz para a incentivar o fortalecimento de laços afetivos entre pai e filha, seria prejudicial à criança. Impossibilidade de obrigar o pai a visitar a filha. Inexequibilidade do título****. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.* (TJSP - 3ª Câmara de Direito Privado - Apelação 0008870-39.2018.8.26.0152 - Relator Des. Beretta da Silveira - j. 13/11/2020, sem grifos no original).

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao recurso de apelação, majorando-se os honorários advocatícios para R$ 3.000,00 (art. 89, §11, CPC).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008040-92.2016.8.26.0292, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante MANETONI DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS SIDERÚRGICOS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., é apelado OSMAR DE SOUZA BRAZ (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29690)**

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

São Paulo, 18 de março de 2024.

HELIO FARIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação de cobrança - Representação comercial - Descontos de tributos em cálculo de comissões - Sentença de parcial procedência - Recurso da ré.

REPRESENTAÇÃO COMERCIAL - Prazo de 30 dias para reclamação se limita à seara administrativa, pela abusividade do prazo excessivamente exíguo, em violação à boa-fé objetiva exigida dos contratantes, como por acarretar renúncia antecipada a direito resultante da natureza do contrato - Inteligência dos arts. 192, 422 e 424 do CC - Comprovado cálculo de comissões sobre o valor líquido das vendas, com o abatimento de tributos, e não sobre o valor total das mercadorias - Ofensa ao art. 32, § 4º da Lei nº 4.886/1965 - Mantida a condenação da requerida ao pagamento das diferenças, observado o prazo prescricional - Incorreção, todavia, dos cálculos apresentados pelo autor - Desrespeito à dinâmica contratual de pagamentos segundo os recebimentos pela fornecedora, com percentual variável de comissões - Tributos, ademais, não incidentes sobre o total das vendas - Vendas efetuadas em regime de substituição tributária não sofreram abatimento para o cálculo das comissões. Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta pela ré contra a sentença de fls. 9.091/9.099, que julgou parcialmente procedente a ação de cobrança, relativa a descontos em comissões por representação comercial.

Condenou-se a requerida ao pagamento das diferenças de comissão de representação comercial a partir de 22/09/2011, referentes ao abatimento do ICMS sobre os produtos, com valor a ser apurado em sede de liquidação de sentença, acrescidos de correção monetária e juros de mora desde a data do pagamento.

Parcialmente vencidas ambas as partes, foram condenadas a arcar com as custas a que deram causa, além de honorários advocatícios arbitrados em R$ 5.000,00 para cada, observados os benefícios da gratuidade da justiça.

A apelante defende a prevalência da força vinculante do contrato, em que se estabeleceu o prazo de 30 dias para reclamação de eventual diferença quanto ao pagamento das comissões, configurando-se a concordância plena, geral, irrestrita e irrevogável do representante com os valores pagos. Aduz que a reclamação anos depois contraria a boa-fé objetiva, tendo em vista os efeitos jurídicos pré-determinados e almejados com o contrato, o qual foi anuído pelo autor sem vício de consentimento.

Sustenta não incidir ICMS em todas as operações comerciais, tendo em vista a aplicação da substituição tributária em muitas, de tal forma que se calculou o valor das comissões sobre o efetivo valor das vendas. Argumenta ter apresentado a totalidade das notas fiscais relativas a vendas do apelado com o intuito de explicitar as informações do cálculo das comissões, pelo que não se justifica sua condenação de forma genérica e indistinta.

Impugna o valor da diferença de comissões calculado pelo autor, o que se limitaria a valor entre R$ 9.000,00 e R$ 14.000,00 a depender do produto e da respectiva comissão e porcentagem, de forma que a conclusão acerca da existência de pagamentos a menor decorreu de mera presunção do juízo, em ofensa ao ato jurídico perfeito. Pugna pela improcedência da ação ou, subsidiariamente, pela limitação da diferença de comissões sobre as vendas sem substituição tributária.

Tempestivo e com o devido recolhimento do preparo, o recurso foi respondido.

É o relatório.

Transcrevo abaixo o relatório da sentença, com o devido cumprimento à douta juíza prolatora, para melhor esclarecer os elementos do litígio e o desenvolvimento processual:

"*OSMAR DE SOUZA BRAZ ajuizou AÇÃO DE COBRANÇA em face de MANETONI DISTRIBUIDORA DE CIMENTO, CAL E PRODUTOS SIDERURGICOS LTDA, alegando, em suma, que em 01/04/2010 celebraram contrato de representação comercial autônoma sem exclusividade, vigente até a data do*

Acesso ao Sumário

ajuizamento da ação. No aludido contrato ficara ajustado que o autor representaria a empresa requerida na região do Vale do Paraíba - SP, para realizar venda de produtos fabricados e comercializados por esta, em conformidade com preços e condições estabelecidos em tabelas enviadas periodicamente ao autor. A comissão sobre os produtos fabricados e comercializados pela MANETONI seria o equivalente a 1,6% e a 1,0% quando se tratar de produtos fabricados e comercializados por terceiros. Ocorre que, desde o início do contrato, a empresa requerida abate da comissão do autor o valor do ICMS, incidente sobre os produtos comercializados, custando ao requerente um prejuízo no montante de R$ 133.426,35. Requer a citação da requerida, a procedência dos pedidos com a condenação da requerida ao pagamento da importância de R$ 133.426,35, acrescidos de correção monetária e juros legais. A condenação ao pagamento das custas processuais, honorários e demais cominações, e a concessão da justiça gratuita. Juntou procuração e documentos (fls. 11/257.)

Concedida a gratuidade de justiça (fls. 258/259)

Citada, a requerida oferta contestação (fls. 263/276), aduzindo, em suma, que as argumentações utilizadas pelo requerente não condizem com a realidade dos fatos. Primeiramente alega a incompetência de foro, pois a décima sexta cláusula contratual especifica ser o foro de eleição localizado em Piracicaba para dirimir quaisquer dúvidas decorrente da relação comercial entre as partes. No mérito, alega ter realizado o pagamento das comissões em conformidade com o contrato acertado entre as partes, sem qualquer diferença de valor a ser pago ao autor, sendo os valores sempre aceitos, e sem questionamentos pelo requerente. No mês de dezembro de 2015, o requerente realizou vendas dos produtos comercializados pela Manetoni no importe de R$270.750,43, o que resultou em comissão no valor de 4.332,01, correspondente a 1,6 % sobre o total de vendas. Quanto à venda realizada em favor do material de terceiros, fora o total de vendas correspondente ao valor de R$ 39.046,93, ou seja, recebeu de comissão o equivalente a 1,0% do valor faturado, sendo de R$ 390,47. Requer o acolhimento da preliminar de exceção de incompetência arguida, a fim de realizar a remessa destes autos para uma das Varas Cíveis da Comarca de Piracicaba -SP. Pleiteia o acolhimento da preliminar de prescrição quinquenal arguida, a fim de declarar prescritos todos os eventuais créditos deferidos em favor do autor e que seja julgada integralmente improcedente o alegado pelo autor. Juntou procuração e documentos (fls.278/292)

Réplica (fls. 294/298) com documentos (fls. 299/337)

Acolhida a arguição de incompetência relativa quanto ao foro, e determinada a remessa dos autos para a comarca de Piracicaba (fls. 345).

Interposição de agravo de instrumento feita pelo autor, contra decisão que revogou à justiça gratuita (410/411).

Mantido o benefício de gratuidade processual ao autor (416/418).

Acesso ao Sumário

Decisão saneadora de fls. 444/446, que determinou a realização de prova pericial, cujo laudo se encontra nos autos (fls. 608/614).

Em audiência de instrução, foi colhida a prova oral.

Encerrada instrução, as partes manifestaram-se por meio de memoriais finais escritos."

Insurge-se a requerida contra a sentença de procedência da ação de cobrança, reiterando as teses acerca da correção dos valores pagos a título de comissão ao representante comercial, além de sua renúncia convencional ao reclamo de diferenças após 30 dias do recebimento, e impugna os cálculos apresentados pelo autor, ausente incidência de impostos nos casos de substituição tributária.

E, com a devida vênia ao juízo de origem, a insurgência da ré merece parcial acolhida.

Inicialmente, rejeita-se a alegação de decadência do direito pleiteado, em virtude do transcurso do prazo de 30 dias para reclamação acerca de eventual pagamento divergente, conforme previsto pela cláusula 2ª, parágrafo segundo do contrato (fl. 20).

Assim porque referida cláusula do contrato de adesão se apresenta excessivamente exígua, acarretando sua nulidade por violação à boa-fé objetiva e por renúncia antecipada a pagamentos resultantes da natureza do negócio, como dispõem os artigos 422 e 424 do Código Civil.

Conclui-se que referido prazo se adstringe a eventuais contestações administrativas acerca dos valores pagos, fundadas em simples divergência entre as partes acerca de disposições contratuais, de forma que a pretensão de cobrança com fulcro no artigo 32, § 4º da Lei nº 4.886/1965 se rege pelos prazos prescricionais legais, estes não passíveis de alteração por convenção das partes (artigo 192 do CC).

Eis que a pretensão de cobrança deduzida pelo autor no presente feito encontra literal guarida no dispositivo legal supracitado, que assim enuncia:

> Art. 32. O representante comercial adquire o direito às comissões quando do pagamento dos pedidos ou propostas.
>
> § 4° As comissões deverão ser calculadas pelo valor total das mercadorias.

No presente caso, restou comprovado o pagamento a menor de comissões ao representante autor, com o abatimento de tributos sobre o valor total das mercadorias para o cálculo correspondente.

Pois assim se verificou no laudo pericial (fl. 613):

> Considerando-se o objetivo do trabalho pericial, fixado às fls. 446; os registros feitos no Capítulo II; e as respostas oferecidas aos quesitos formulados pela Re, conclui-se que o pagamento de comissões ao Autor, com dedução de ICMS não está previsto no contrato de representação comercial juntado nos Autos.

Ilustra-se, neste aspecto, amostragem tirada da nota fiscal de nº 344.872,

Acesso ao Sumário

cujos dados foram apresentados pela ré às fls. 5.000/5001, emitida em 27/05/2016 pelo valor total de R$ 17.644,50. Aponta-se que o pagamento de duplicata correspondente, no valor de R$ 4.411,00, obteve a dedução de parcela do ICMS de R$ 529,32 para se chegar à base de cálculo da comissão de R$ 3.881,68, a que se aplicou o percentual de 0,55% e chegou-se ao valor remunerado de R$ 21,35 no mês de julho de 2016 (fl. 304).

Assim a vasta prova documental produzida nos autos é inequívoca acerca de deduções indevidas de tributos sobre a base de cálculo das comissões em prol do autor, as quais deveriam, por lei, ser calculadas sobre o valor total das mercadorias vendidas.

Veja-se que o resumo da nota fiscal apresentado pela ré, como acima indicado (fls. 5.000/5.001) nada esclarece acerca da dedução de ICMS sobre o valor total da venda, sendo imprestável a documentação apresentada pela ré sob esse formato para a elucidação da controvérsia fática.

De rigor, portanto, a condenação da parte ré ao pagamento das diferenças, cuja apuração se prorrogou para a fase de liquidação da sentença, sem que disso se extraia comando genérico ou indiscriminado do juízo de origem.

Em casos similares, assim decidiu este Tribunal:

> REPRESENTAÇÃO COMERCIAL - Sentença que julgou parcialmente procedente o pedido a fim de reconhecer a culpa da demandada na rescisão do contrato havido entre as partes e condenar a ré no pagamento de indenizações à autora - Livremente pactuado aditivo contratual, com redução da porcentagem de comissão da requerente, mas que não resultou na diminuição da média dos resultados por ela auferidos - Ausência de ofensa ao art. 32, § 7º, da Lei nº 4.886/1965 - Pagamentos de valores que eram realizados com dedução de impostos (ICMS, PIS e COFINS) - Inadmissibilidade - A base de cálculo deve ser o valor total das mercadorias (art. 32, § 4º, da Lei 4.886/65) - Convenção entre particulares que não se sobrepõe à lei ordinária - Princípio da hierarquia das normas jurídicas - IPI desconsiderado porque a ré é uma empresa de comércio varejista e não indústria - Descabe a incidência de juros de mora e correção monetária sobre o montante já recebido pela autora, notadamente porque são valores devidos pelo serviço de representação efetivamente prestado, não havendo que se falar em culpa ou mora por parte da autora - Ausência de capitalização de juros - Sucumbência recíproca - Recursos desprovidos.
>
> (TJSP; Apelação Cível 4000978-79.2012.8.26.0068; Rel. Mendes Pereira; 15ª Câmara de Direito Privado; j. 25/04/2023).
>
> Ação cobrança e indenização julgada parcialmente procedente - Contrato de representação comercial - Alegação de rescisão unilateral sem justa causa - Documentação que acompanhou a inicial a demonstrar a relação de representação comercial - Conjunto probatório que embasa a pretensão da representante - Reconhecido a inexistência de justa causa ao rompimento do pacto - Direito da autora às indenizações previstas

Acesso ao Sumário

na Lei n° 4.886/65 - Sentença que determinou a apuração dos valores devidos em liquidação - Possibilidade (artigo 509, inciso I, e 510, ambos do CPC)- Discussão acerca da documentação destinada a apuração dos valores das vendas, comissões e indenizações - Impossibilidade ante a ausência de liquidação do julgado - Momento inoportuno - Argumentos a serem apresentados quando do cumprimento da sentença - Pagamento de comissões com exclusão do ICMS - Valor que deve ser apurado tendo por base o preço total da venda - Descumprimento do disposto no art. 373, inc. II, do CPC - Repartição dos ônus sucumbenciais mantida - Acolhimento apenas parcial do pedido inicial e do recurso de apelação em parcela ínfima - Incidência do art. 86, "caput", do CPC - Recurso parcialmente provido

(TJSP; Apelação Cível 1016942-24.2016.8.26.0554; Rel. Miguel Petroni Neto; 16ª Câmara de Direito Privado; j. 15/12/2021).

CONTRATO - Representação comercial - Rescisão pleiteada pelo autor, representante - Culpa da representada pela rescisão não demonstrada - Multa rescisória do art. 36, letra d, Lei 4886/65, não aplicada - Nulidade da sentença não verificada - Cálculo das comissões - Valor total das mercadorias (inclusos os tributos indiretos IPI e ICMS) - Art. 32, §4º, da Lei 4886/65 - Diferenças devidas - Recálculo das comissões determinado em liquidação de sentença - Recursos desprovidos - Sentença mantida.

(TJSP; Apelação Cível 1036691-31.2016.8.26.0100; Rel. Ademir Benedito; 21ª Câmara de Direito Privado; j. 02/08/2018).

Há que se limitar, todavia, o acolhimento dos pedidos iniciais, eis que os cálculos apresentados pelo autor (fls. 13/17) se apresentam destoantes da dinâmica contratual de remuneração das comissões.

Assim, pois, se verifica que as comissões eram calculadas sobre os valores efetivamente recebidos pela requerida a cada mês, e não sobre o valor das vendas efetuadas no mesmo período, e que os percentuais variavam a depender da modalidade de produtos comercializados.

E, como bem apontado pela parte requerida, não houve desconto de ICMS sobre a totalidade das comissões, na medida em que as vendas realizadas em regime de substituição tributária acarretaram a remuneração do representante comercial sob o efetivo valor das mercadorias.

É o que se extrai, novamente por amostragem, quanto à nota fiscal de nº 344.229 (fl. 580), emitida em 25/05/2016 pelo valor total de R$ 2.031,79. Vê-se que a duplicata correspondente no valor de R$ 677,79 foi paga pela compradora em 04/07/2016 (fl. 303), gerando remuneração no valor de R$ 10,84, que corresponde à aplicação do percentual de 1,60% à receita bruta, sem dedução de tributos sobre o valor da mercadoria comercializada.

Desta forma, cumpre apontar que as diferenças a serem adimplidas se referem, exclusivamente, aos comprovados descontos de tributos realizados sobre o valor das vendas, como se extrai dos relatórios gerenciais que acompanham a

Acesso ao Sumário

inicial, o que não abrange o percentual de imposto retido pelos compradores no regime de substituição tributária.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, para se especificar a forma de cálculo acerca das diferenças de comissões, limitadas aos casos em que efetivamente abatido o tributo sobre o valor total das mercadorias.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1072959-40.2023.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes L.E.P. DE A. e M.R.C. DA S., é apelado F.A.V. DE C.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Manuel Luiz Ribeiro e a Dra. Roberta Novaes Marcondes.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.015)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente sem voto), SILVÉRIO DA SILVA e THEODURETO CAMARGO.

São Paulo, 20 de março de 2024.

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, Relator

Ementa: Apelação civil. Ação anulatória de deliberações do Conselho. Curador de fundação privada. Alegação de vício na convocação de reuniões extraordinárias e irregularidades nas deliberações. Improcedência. Inconformismo dos autores. Descabimento. Observância das formalidades estatutárias na convocação. Inexistência de exigência de justa causa para destituição e eleição de membros da Diretoria Executiva conforme Estatuto Social. Deliberações do Conselho Curador em consonância com a prerrogativa de administração da fundação. Alegações de irregularidades administrativas e financeiras sob investigação em inquérito civil não afetam a validade das reuniões. Autonomia e discricionariedade da fundação privada na gestão de seus interesses administrativos. Manutenção da sentença que julgou improcedente a ação anulatória. Majoração dos honorários advocatícios. Prequestionamento de legislação invocada. CPC, art.

Acesso ao Sumário

85, §§ 1º e 2º. Desprovimento do recurso.

VOTO

Apelação interposta contra a sentença de fls. 1.398/1.407, cujo relatório se adota, que julgou improcedente ação anulatória de deliberações do Conselho Curador das reuniões de 14 de março de 2023 e 19 de maio de 2023, movida por L.E.P. DE A. e M.R.C. DA S. em face de F.A.V. de C. - FAVC.

Quem apela são os autores; requerem efeito suspensivo ativo para suspender as deliberações impugnadas e a reintegração dos membros destituídos aos seus cargos, argumentando nulidade e risco de dano irreparável. Pleiteiam a anulação das deliberações do Conselho Curador, alegando desrespeito ao estatuto da fundação e à legislação aplicável. Em caso de provimento do apelo, requerem a inversão do ônus de sucumbência (fls. 1.417/1446).

Recurso tempestivo, preparado e respondido (fls. 1457/1477).

É o relatório.

Os apelantes alegam vício na convocação das reuniões extraordinárias, sob o argumento de que não foram observadas as formalidades essenciais estabelecidas pelo Código Civil e pelo Estatuto Social da fundação.

Contudo, conforme bem fundamentado nas contrarrazões e corroborado pelo Parecer da Procuradoria de Justiça, a convocação seguiu as determinações estatutárias, com antecedência e especificidade quanto aos temas a serem deliberados, não havendo, portanto, irregularidades formais que comprometam a validade das reuniões.

Quanto ao mérito das deliberações questionadas, os apelantes sustentam a ocorrência de irregularidades, incluindo a destituição e eleição de membros da Diretoria Executiva sem justa causa, violando o Estatuto Social e o Código Civil.

No entanto, como destacado pelo Parecer da Procuradoria de Justiça, o Estatuto Social da FAVC não exige a justa causa para tais atos, conferindo ao Conselho Curador ampla competência para gerir a composição dos órgãos diretivos da fundação.

Ademais, as deliberações do Conselho Curador estão em consonância com sua prerrogativa de zelar pela administração eficiente da fundação, sendo questões *interna corporis*, cujo mérito não é passível de revisão judicial.

Os apelantes também apontam que as deliberações do Conselho Curador seriam nulas devido a supostas irregularidades administrativas e financeiras sob investigação em inquérito civil. No entanto, conforme esclarecido no Parecer da Procuradoria de Justiça, tais alegações não têm o condão de invalidar as deliberações contestadas, uma vez que a supervisão do Ministério Público não identificou quaisquer irregularidades formais nas atuações do Conselho Curador, especialmente em relação à reunião de 19 de maio de 2023.

Acesso ao Sumário

É importante ressaltar a autonomia de fundações privadas como a FAVC na gestão de seus interesses e na condução de suas atividades administrativas. A discricionariedade conferida ao Conselho Curador, dentro dos limites estabelecidos pelo Estatuto Social e sob a supervisão do Ministério Público, é essencial para o cumprimento das finalidades da fundação, não cabendo ao Poder Judiciário interferir em tais questões, salvo em casos de evidente ilegalidade ou abuso de poder, o que não se verifica no presente caso.

Diante do exposto, considerando a adequação da convocação e da legalidade das deliberações do Conselho Curador da FAVC, a inexistência de irregularidades formais ou materiais que possam ensejar a nulidade das reuniões extraordinárias de 14 de março e 19 de maio de 2023, bem como a autonomia e discricionariedade da fundação na gestão de seus assuntos internos, este Colegiado decide pela manutenção da sentença que julgou improcedente a ação anulatória, negando provimento ao recurso de apelação.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento do recurso, mas pelo seu desprovimento, mantendo integralmente a sentença recorrida pelos seus próprios fundamentos, com a majoração dos honorários advocatícios em favor da parte apelada, nos termos do art. 85, §§1º e 2º, do Código de Processo Civil, fixando -os em 5% sobre o valor atualizado da causa.

Para fins de prequestionamento, observo que a solução da lide não passa necessariamente pela restante legislação invocada e não declinada, despicienda a menção explícita de dispositivos uma vez encontrada a fundamentação necessária, consoante entendimento consagrado no Eg. Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, meu voto nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002591-36.2022.8.26.0457, da Comarca de Pirassununga, em que é apelante/apelado INDÚSTRIA DE BEBIDAS PIRASSUNUNGA LTDA., é apelado/apelante ROSIMARIO DE SOUZA FARIAS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 14ª 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 55.325)**

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

São Paulo, 20 de março de 2024.

THIAGO DE SIQUEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

EMENTA: Ação de cobrança - Transporte de mercadoria - Parcial procedência - Ilegitimidade passiva - Ré que se beneficiou dos serviços de transporte prestados pelo autor e deve responder pelas consequências decorrentes das horas paradas - Preliminar rejeitada - Incontroversas as horas paradas nas dependências da ré - Ausência de prova de culpa do autor pelo atraso - Recebimento dos valores devidos em razão do atraso superior a cinco horas que é de rigor, nos termos do art. 11, § 5º, da Lei nº 11.442/2007 - Critério de cálculo adotado na sentença considerando a capacidade total de transporte do veículo que merece ser mantido - Impossibilidade de utilização do peso relativo a Capacidade Máxima de Tração (CMT) que diz respeito ao limite de peso que cada veículo pode rebocar e não há informação no processo de que o caminhão do autor estivesse com algum reboque - Sentença mantida - Recursos improvidos.

VOTO

A r. sentença (fls. 65/68), proferida pelo douto Magistrado Rafael Pinheiro Guarisco, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente a presente ação de cobrança ajuizada por ROSIMARIO DE SOUZA FARIAS contra INDÚSTRIA DE BEBIDAS PIRASSUNUNGA LTDA, para *CONDENAR a requerida ao pagamento da importância de R$ 5.236,40, a título de diárias devidas, a ser corrigida monetariamente pela Tabela Prática do TJSP a partir das descargas das mercadorias e juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação. Sucumbentes reciprocamente, condeno as partes ao rateio das custas e despesas processuais, bem como ao pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono adversário, que fixo em 10% sobre o valor atualizado da condenação para o réu e em 10% sobre o montante decotado do pedido para o autor, observadas as regras acerca da gratuidade de justiça.*

A ré opôs embargos de declaração (fls. 71/73), que restaram rejeitados (fls. 74/75).

Irresignados, apelam as partes.

A ré arguindo preliminar de ilegitimidade passiva, argumentando que na inicial o autor sequer informa quem o contratou para o transporte da mercadoria, não tendo provado a existência de vínculo com a apelante, inclusive porque é a apenas fabricante dos produtos, não fazendo qualquer sentido comprar itens de sua própria fabricação com a finalidade de descarregá-los em suas dependências. Argumenta que o caminhão chegou vazio, conforme demonstra o do-

Acesso ao Sumário

cumento de fl. 14. No mérito, insiste que não houve descarga da mercadoria, tanto que o caminhão estava carregado no momento da saída e não na chegada. Diz que *É possível observar que, quando do ingresso nas dependências da Apelante, o caminhão estava VAZIO, pois a pesagem obtida no dia 10/02/2022, às 08:39, correspondia exclusivamente à TARA (9.080 kg). O peso bruto de 23.780 kg foi constatado no dia 15/02/2022, às 14:53, ou seja, quando o Apelado saiu das dependências da Apelante.* Ressalta que o apelado não comprovou o motivo da demora no carregamento, não sendo devida qualquer indenização. Pede a reforma da sentença (fls. 78/83).

O autor, por sua vez, se insurge contra o valor indenizatório pela hora parada, argumentando que o cálculo deverá ser considerado a capacidade total de transporte do veículo, que no caso é de 32 toneladas, conforme consta do Certificado de Registro do Veículo, equivalendo o valor da hora a importância de R$ 2,12, conforme consta no site da ANTT, conforme link de fl. 97. Observa que adentrou nas dependências da ré dia 07/02/2022, 17:30h e saiu aos 15/02/2022, às 14:53h. Aduz da aplicação dos nos §5º. e 7º. do art. 11 da Lei 11442/07. Dessa forma, o total devido é de R$ 13.515,76, considerando o seguinte cálculo: *32t x 199:23 horas paradas x R$ 2,12 = R$ 13.515,76.* Pede a reforma parcial da sentença a fim de adequar o valor da indenização, majorando-se os honorários de sucumbência (fls. 95/100).

Recursos processados e respondidos (fls. 89/94 e 104/111).

É o relatório.

O autor ajuizou ação pretendendo a condenação da requerida ao pagamento de indenização pela demora excessiva para descarga de mercadorias. E como fundamento sustenta, em resumo, que foi contratado para transportar carga até o endereço da requerida e que ao chegar ao local de destino ficou parado no por mais de 199 horas, o que lhe gerou desgastes e prejuízos, pretendo, por isso, a condenação da requerida ao pagamento de R$ 13.515,76, pelas horas que teve que ficar parado.

(...) a requerida apresentou contestação (fls. 40/48) em que, preliminarmente, arguiu ilegitimidade passiva, inépcia da inicial e impugnou o valor atribuído à causa. No mérito, alegou ausência de prova que demonstre o vínculo entre as partes. Asseverou que o documento juntado com a inicial é de uso interno da empresa e não pertence ao autor, requerendo seu desentranhamento. Por fim, apresentou cálculo com valores das horas paradas de acordo com a real capacidade do caminhão, pleiteando a improcedência dos pedidos autorais.

Acesso ao Sumário

O douto Magistrado houve por bem, então julgar parcialmente procedente a presente ação condenando a ré ao pagamento das diárias no valor de R$ 5.236,40.

A preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela ré não se sustenta tendo em vista que, embora negue que tenha contratado o autor para o transporte de

mercadoria, afirmando que é apenas fabricante do produto, não nega o período em que o caminhão permaneceu parado em suas dependências, nas datas indicadas nos documentos de fls. 14/15, que dizem respeito ao controle de entrada e saída de caminhões, onde consta seu nome como razão social e assinaturas.

Além disso, ainda que fosse apenas a fabricante do produto, o que sequer restou provado, também se beneficiou do serviço de transporte realizado pelo autor, sendo, portanto, parte legítima para responder aos termos da demanda.

Quanto ao mérito, a decisão recorrida acertadamente reconheceu a responsabilidade da ré pelo pagamento da indenização pelas horas paradas, nos seguintes termos:

Incontroverso nos autos que o caminhão do autor permaneceu nas dependências da requerida, conforme demonstram os documentos de fls. 14/15.

Alega a parte ré que o autor não transportou carga para seu endereço, mas sim que ele esteve no local para carregar mercadorias.

Contudo, o documento acostado às fls. 14 indica que o caminhão chegou à sede da requerida carregado com peso bruto de 23.780kg e que o peso líquido, que representa a carga, foi de 14.700kg, o que indica que a requerida era a destinatária da carga.

O fato de ser fabricante de produtos não impede que receba cargas com insumos visando o exercício de sua atividade.

O art. 5º-A, § 2º, da Lei n.º 11.442/2007, prescreve que o contratante e o subcontratante dos serviços de transporte rodoviário de cargas, assim como o co-signatário e o proprietário da carga, são solidariamente responsáveis pela obrigação de pagamento do frete ao transportador autônomo, resguardado o direito de regresso.

Art. 5º-A. O pagamento do frete do transporte rodoviário de cargas ao TAC será efetuado em conta de depósito ou em conta de pagamento pré-paga mantida em instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil, de livre escolha do TAC prestador do serviço, e informado no Documento Eletrônico de Transporte (DT-e).

(...)

§ 2o O contratante e o subcontratante dos serviços de transporte rodoviário de cargas, assim como o cossignatário e o proprietário da carga, são solidariamente responsáveis pela obrigação prevista no caput deste artigo, resguardado o direito de regresso destes contra os primeiros.

Portanto, forçoso reconhecer que por ser a requerida proprietária da carga, também tem responsabilidade pelo pagamento pelas horas paradas, principalmente por ter sido ela a causadora do atraso.

Prevê o art. 11, § 5º, da mesma lei, que o prazo máximo para carga e descarga do Veículo de Transporte Rodoviário de Cargas será de 5 (cinco) horas, prazo esse não observado pela requerida.

Acesso ao Sumário

Art. 11. O transportador informará ao expedidor ou ao destinatário, quando não pactuado no contrato ou conhecimento de transporte, o prazo previsto para a entrega da mercadoria.

(...)

§ 5o O prazo máximo para carga e descarga do Veículo de Transporte Rodoviário de Cargas será de 5 (cinco) horas, contadas da chegada do veículo ao endereço de destino, após o qual será devido ao Transportador Autônomo de Carga - TAC ou à ETC a importância equivalente a R$ 1,38 (um real e trinta e oito centavos) por tonelada/hora ou fração.

Dispõe ainda §8º do artigo 11, por sua vez, que "Incidente o pagamento relativo ao tempo de espera, este deverá ser calculado a partir da hora de chegada na procedência ou no destino".

Assim, pouco importa que tenha apenas comunicado sua chegada mediante a prática comum de "marcou a vez", pois o autor chegou no endereço de destino no dia 07/02, às 17h30 e só foi liberado no dia 15/02/2022, às 14h53, período esse que deverá ser considerado para apuração das horas paradas, o que corresponde a 190 horas e 23 minutos.

O valor da tonelada/hora deverá ser o apontado na inicial (R$ 2,12), que está devidamente atualizado pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e quanto a isso não divergem as partes.

Em relação à capacidade total da carga, o parâmetro utilizado pelo autor está incorreto (32 toneladas), pois o CMT - Capacidade Máxima de Tração - diz respeito ao limite de peso que cada veículo pode rebocar e não há informação no processo de que o caminhão do autor estivesse com algum reboque.

Prevê o §7o, do artigo 11, da Lei 11.442/07 que para o cálculo será considerada a capacidade total de transporte do veículo.

Analisando o CRLV de fls. 10, verifica-se que o peso bruto total do caminhão é de 22 toneladas e que a tara apurada a fls. 14, que representa o peso do veículo sem carga, é de 9.080kg, o que permite concluir que a capacidade máxima permitida de transporte do veículo do autor é de 12.920kg.

Dessa forma, multiplicando o valor de R$ 2,12 pela capacidade de transporte do veículo (12.920kg) e pela quantidade de horas em que ficou parado (190 horas e 23 minutos) chega-se à importância aproximada de R$ 5.236,40. (fls. 66/68).

Pois bem.

No tocante à responsabilidade da ré pelo pagamento das horas que o caminhão do autor permaneceu parado, é certo que, ainda que fosse somente a fabricante da carga como sustenta, o que não restou provado, é evidente que a mercadoria lhe pertenceria e que foi beneficiada pelo serviço de transporte prestado pelo autor. Por essa razão, também tem responsabilidade pelo respectivo pagamento, principalmente por ter sido a causadora do atraso, considerando a

Acesso ao Sumário

ausência de prova em sentido contrário a fim de afastar eventual culpa da demandada pelas incontroversas horas paradas, lançadas no controle de entrada e saída de caminhões (fls. 14/15).

E, independentemente de tratar-se de carga ou descarga da mercadoria, o fato é que a discussão torna-se irrelevante considerando a disposição contida na Lei 11.442/07 a respeito ao prazo máximo permitido para a hipótese:

*§ 5o O prazo **máximo para carga e descarga** do Veículo de Transporte Rodoviário de Cargas será de 5 (cinco) horas, contadas da chegada do veículo ao endereço de destino, após o qual será devido ao Transportador Autônomo de Carga - TAC ou à ETC a importância equivalente a R$ 1,38 (um real e trinta e oito centavos) por tonelada/hora ou fração.*

Assim, considerando que a ré reconhece que o caminhão ficou parado durante o período mencionado na inicial, faz jus o autor a pretensão indenizatória pelo período excedente ao prazo máximo de 5 horas.

No que diz respeito ao valor das horas paradas, por sua vez, não assiste razão ao autor, pois deverá ser considerada a capacidade total de transporte do veículo, conforme dispõe o art. 11, §7º, da Lei 11442/07:

Para o cálculo do valor de que trata o § 5o, será considerada a capacidade total de transporte do veículo.

Entretanto, diferentemente do alegado pelo autor, a capacidade total de transporte de seu caminhão não corresponde a 32 toneladas como argumentado nas razões recursais, pois, como bem analisado na decisão recorrida, referido peso constante do Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo refere-se à capacidade máxima de tração (CMT - fl. 10), ou seja, ao limite de peso que o veículo pode rebocar, não havendo qualquer indício da existência de reboque no caso em discussão.

Portanto, correto o critério adotado na sentença, devendo ser rejeitada a insurgência do autor neste sentido, já que *Analisando o CRLV de fls. 10, verifica-se que o peso bruto total do caminhão é de 22 toneladas e que a tara apurada a fls. 14, que representa o peso do veículo sem carga, é de 9.080kg, o que permite concluir que a capacidade máxima permitida de transporte do veículo do autor é de 12.920kg.* (fl. 67 - grifado).

Neste sentido, são os precedentes deste ETJSP:

AÇÃO DE COBRANÇA - Transporte rodoviário de cargas - Atraso na descarga da mercadoria - Sentença de procedência - Insurgência da ré - Inaplicabilidade da prescrição anual prevista no art. 18, da Lei nº 11.442/07 - Caso dos autos que não versa sobre danos decorrentes do contrato de transporte, mas sobre valores devidos a título de sobrestadia - Hipótese em que restaram comprovados os atrasos superiores a cinco horas na descarga das mercadorias - Recebimento dos valores devidos em razão do atraso que é de rigor, nos termos do art. 11, § 5º, da Lei nº 11.442/2007 - Sentença mantida - RECURSO NÃO

Acesso ao Sumário

PROVIDO, com a retificação, de ofício, do índice a ser utilizado para o cálculo dos juros moratórios (taxa SELIC). (Apel. 1005483-13.2021.8.26.0566, Rel. Renato Rangel Desinano, 11ª Câmara de Direito Privado, DJe 30/06/2023).

Ação de cobrança - Transporte rodoviário - Indenização pela demora no descarregamento de carga - Prescrição - Inocorrência - Incidência do prazo prescricional de dez anos previsto no art. 205 do Código Civil - Recurso da ré negado. Ilegitimidade passiva - Inocorrência - Autor prestou serviços de transporte de mercadorias a empresas pertencentes ao grupo econômico da Petrobrás, sendo a ré parte legítima para responder pela indenização pelo excesso de prazo de estadia no descarregamento da mercadoria com base na Lei 11.442/07 - Recurso da ré negado. Transporte rodoviário autônomo - Indenização pela demora no descarregamento de carga - Prova produzida a demonstrar atrasos superiores a cinco horas nos descarregamentos das cargas - Ausência de prova da contratação de frete na modalidade FOB, sendo a transportadora e o destinatário da carga responsáveis solidários pelo pagamento das despesas pela demora no descarregamento do caminhão - Art. 5º, §2º, da Lei 11.442/07 - Ausência de demonstração de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC) - Obrigação da ré ao pagamento da remuneração pelo transporte realizado - Indenização por dano material devida - Recurso da ré negado. Indenização pela demora no descarregamento de carga - Pretensão a cobrança de atraso por hora de R$50,00 e R$80,00 - Inadmissibilidade - Inexistência de cláusula contratual sobre o valor da indenização pelo atraso na descarga - Cálculo da indenização deverá ter por parâmetro o valor de R$ 1,00 por tonelada por hora excedente para os fretes realizados antes da vigência da Lei 13.103/2015, que modificou o art. 11, §5º da Lei 11.442/07, adotando-se, a partir de então, o valor de R$ 1,38 (um real e trinta e oito centavos) por tonelada por hora - Recurso da ré provido. Correção monetária - Termo inicial - Indenização pela demora no descarregamento de carga - Correção monetária é devida a partir do efetivo prejuízo, isto é, das datas das descargas das mercadorias constantes das notas fiscais - Súmula 43 do STJ - Precedentes - Recurso adesivo do autor provido. Recurso do réu provido em parte, provido o recurso adesivo do autor. (Apel. 1000170- 97.2021.8.26.0428, Rel. Francisco Giaquinto, 13ª Câmara de Direito Privado, DJe 25/10/2021).

Considera-se prequestionada toda a matéria ventilada neste recurso, sendo dispensável a indicação expressa de artigos de lei e, consequentemente, desnecessária a interposição de embargos de declaração com essa exclusiva finalidade. Outrossim, ficam as partes advertidas em relação à interposição de recurso infundado ou meramente protelatório, sob pena de multa, nos termos do art. 1026, parágrafo 2º do CPC.

Conclui-se, pois, que as irresignações não merecem ser acolhidas, restando integralmente mantida a r. sentença.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, nega-se provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007298-27.2023.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante/apelado AZUL LINHAS AÉREAS BRASILEIRAS S/A, é apelado/apelante LEATHERJET COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "RECURSO DO RÉU CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO, COMPORTANDO PARCIAL PROVIMENTO AQUELE DA AUTORA, COM DETERMINAÇÃO, MAJORADA A VERBA HONORÁRIA EM PROL DOS PATRONOS DA DEMANDANTE. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 71227)**

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

São Paulo, 20 de março de 2024.

CARLOS ABRÃO, Relator

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA - TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE CARGA - BLOQUEIO DA ENTRADA NOS ESTADOS UNIDOS - ACONDICIONAMENTO INADEQUADO DOS PRODUTOS - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA - RECURSOS.
1- APELAÇÃO (RÉU)
1.1- NÃO INCIDÊNCIA DO CDC - QUESTÃO JÁ DECIDIDA FAVORAVELMENTE À COMPANHIA AÉREA - MATÉRIA NÃO CONHECIDA.
1.2- LIMITAÇÃO DA INDENIZAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - INAPLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE MONTREAL E DO CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA - LEGISLAÇÕES QUE TRATAM DE CASOS DE DESTRUIÇÃO, PERDA, AVARIA OU ATRASO DA CARGA - AUTORA QUE BUSCA COMPENSAÇÃO PELO PAGAMENTO DE MULTA APLICADA POR USO DE PALETES QUE VIOLARAM AS NORMAS FITOSSANITÁRIAS

Acesso ao Sumário

INTERNACIONAIS - HIPÓTESE NÃO PREVISTA NA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA.
1.3- INDENIZAÇÃO PELA MULTA - REQUERENTE QUE ACONDICIONOU DE FORMA CORRETA OS PRODUTOS EM CAIXAS DE PAPELÃO - UTILIZAÇÃO PELA TRANSPORTADORA DE PALETE DE MADEIRA NÃO TRATADA, INFRINGINDO NORMA FITOSSANITÁRIA - RESPONSABILIDADE EVIDENCIADA - INDENIZAÇÃO DEVIDA.
1.4- RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO.
2- APELAÇÃO (AUTORA)
2.1- CUSTAS PROCESSUAIS - RECOLHIMENTO A MENOR - DIFERIMENTO EXCEPCIONALMENTE CONCEDIDO - COMPLEMENTO NO PRAZO DE 05 DIAS, SOB PENA DE INSCRIÇÃO DO NOME JUNTO AO CADIN.
2.2- INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR – DESCABIMENTO - PREJUÍZOS DECORRENTES DO ATRASO NA ENTREGA DA CARGA NÃO COMPROVADOS.
2.3- VERBA HONORÁRIA - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO DA AUTORA - INDENIZAÇÃO PLEITEADA E NÃO CONCEDIDA IMENSURÁVEL - FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS EM PROL DOS PATRONOS DO RÉU POR EQUIDADE.
2.4- RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO.
3- RECURSO DO RÉU CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO, COMPORTANDO PARCIAL PROVIMENTO AQUELE DA AUTORA, COM DETERMINAÇÃO, MAJORADA A VERBA HONORÁRIA EM PROL DOS PATRONOS DA DEMANDANTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelo tirado contra a r. sentença prolatada de fls. 131/137, julgando procedente em parte a demanda, condenando a ré a pagar em favor da autora a importância de U$ 4.590,00 que convertidos na data de 12/01/2023 perfazem o valor de R$ 23.589,85, corrigido monetariamente a partir do res-

pectivo desembolso, acrescido de juros de mora de 1% ao mês desde a citação, arcando cada parte com o pagamento de metade das custas processuais e verba honorária do patrono da parte adversa fixada em 10% sobre o valor atualizado da condenação, de relatório adotado.

A companhia aérea aduz prevalência do Código Brasileiro de Aeronáutica e da Convenção de Montreal, inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, responsabilidade do expedidor pelo acondicionamento e embalagem do produto transportado, exoneração da transportadora por perdas e danos decorrentes de embalagem defeituosa ou inadequada, ausência de responsabilidade, limitação da indenização a 03 OTN, alega que a multa imposta se refere a conhecimento aéreo distinto daquele objeto da lide, aguarda provimento (fls. 140/152).

A autora pleiteia indenização suplementar pelo atraso na entrega, não se conforma com a sucumbência recíproca e com a base de cálculo dos honorários advocatícios, pugna provimento (fls. 157/163).

Recursos tempestivos, preparado o da ré (fls. 153/154), insuficientemente preparado aquele da autora (fls. 164/165).

Regularmente processados (fls. 155 e 166).

Contrarrazões da demandante (fls. 170/189).

Contrarrazões da ré (fls. 190/206) acompanhada de documentos (fls. 207/222).

Houve remessa (fls. 224).

Petição da autora se opondo ao julgamento virtual do recurso (fls. 226).

É O RELATÓRIO.

O recurso do réu comporta parcial conhecimento e, na parte conhecida, não prospera, sendo parcialmente provido aquele da autora, com determinação, majorada a verba honorária em prol dos patronos da demandante.

Cuida-se de ação ordinária na qual a autora aduz que contratou a ré para realizar o transporte aéreo de pele de peixe, entretanto, houve o acondicionamento inadequado de sua mercadoria, o que resultou no bloqueio da entrada dos produtos nos Estados Unidos, sendo necessário o pagamento de multa para liberação, pleiteando agora indenização pela multa e prejuízos decorrente do atraso da entrega.

Analiso por primeiro o recurso da ré.

Comporta parcial conhecimento e, na parte conhecida, não prospera.

A companhia aérea defende a inaplicabilidade do CDC, porém, referida questão já foi decidida nos termos requeridos pela demandada, não sendo, portanto, conhecida por ausência de interesse.

Pois bem. A multa imposta não se refere a conhecimento aéreo distinto.

Em que pese constar no documento de fls. 49 (*Notice of Penalty or Liquidated Damages Incurred and Demand for Payment*) o conhecimento de trans-

Acesso ao Sumário

porte aéreo (airway bill) nº 577-10663354, a resposta da autoridade americana à petição da autora buscando se eximir da obrigação de pagamento da multa deixa claro que houve equívoco no apontamento do conhecimento de transporte aéreo, fazendo constar o correto (577-10670645) que é o objeto da lide.

Quanto a indenização pela multa paga por violação das normas internacionais para medidas fitossanitárias, a ela não se aplica a Convenção de Montreal e nem o Código Brasileiro de Aeronáutica.

O art. 262 do Código Brasileiro de Aeronáutica prevê limitação da responsabilidade do transportador ao valor de 03 obrigações do Tesouro Nacional em caso de atraso, perda, destruição ou avaria de carga, entretanto, a indenização aqui discutida não está relacionada a essas hipóteses, mas sim ao acondicionamento inadequado da carga, o que resultou em uma violação sanitária e aplicação de multa.

O mesmo vale para o previsto no artigo 260 do Código Brasileiro de Aeronáutica e no artigo 22 da Convenção de Montreal, os quais tratam de limites de responsabilidade do transportador no caso de destruição, perda, avaria ou atraso da carga, ou seja, relacionados diretamente com o produto transportado, não abarcando indenização por multa decorrente de falha no acondicionamento da mercadoria.

Nesse sentido:

> *Apelação. Transporte aéreo internacional. Ação regressiva de ressarcimento de danos. Extravio de carga. Prejuízos decorrentes de armazenagem e de multa que não se inserem no valor da mercadoria extraviada no transporte aéreo, razão pela qual não sujeitam ao limite tarifário imposto pela Convenção de Montreal. Sentença parcialmente alterada. Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 1007937-74.2019.8.26.0003; Relator (a): Pedro Kodama; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/07/2020; Data de Registro: 06/07/2020)*

Dito isso, resta verificar a responsabilidade pelo acondicionamento em paletes inadequados.

A multa foi aplicada por descumprimento da ISPM-15, uma vez que foram utilizados paletes sem a devida marcação, configurando violação das normas internacionais para medidas fitossanitárias.

A ISPM-15 em sua introdução prevê:

> *ESCOPO*
>
> *Esta norma descreve medidas fitossanitárias que reduzem o risco da introdução e disseminação de pragas quarentenárias associadas com o movimento no comércio internacional de material de embalagem de madeira feito de madeira bruta. O material de embalagem de madeira abrangido por esta norma inclui as escoras, mas exclui embalagem de madeira feita de madeira processada de tal modo que está livre de pragas (por exemplo, madeira compensada).*

Acesso ao Sumário

As medidas fitossanitárias descritas nesta norma não têm o propósito de fornecer uma proteção contínua contra pragas contaminantes ou outros organismos.

DECLARAÇÃO AMBIENTAL

Pragas associadas com material de embalagem de madeira são conhecidas por ter impactos negativos na sanidade de florestas e na biodiversidade. A implementação desta norma é considerada para reduzir significativamente a disseminação de pragas e, por consequência, seus impactos negativos. Na ausência de tratamentos alternativos disponíveis para certas situações ou para todos os países, ou a disponibilidade de outros materiais apropriados de embalagem, o tratamento com brometo de metila está incluso nesta norma. O brometo de metila é conhecido por destruir a camada de ozônio. Uma Recomendação da CMF sobre a Substituição ou redução do uso de brometo de metila como uma medida fitossanitária (2008) foi adotada com relação a esse assunto. Tratamentos alternativos que são menos nocivos ao ambiente estão sendo estudados.[1]

Tem-se, portanto, que a necessidade de tratamento da madeira, inclusive dos paletes, visa prevenir a disseminação de pragas, evitando impactos negativos nas florestas e na biodiversidade.

Logo, não se trata de uma especificidade do produto transportado, mas sim de norma geral aplicada a todas as madeiras utilizadas no transporte de cargas, o que deve ser de conhecimento da transportadora.

No conhecimento de transporte aéreo (fls. 03 e 35) tem-se que para o acondicionamento dos produtos foram utilizadas 08 caixas, havendo a informação "no wooden package", indicando que a demandante não utilizou madeira nas embalagens, entretanto, os documentos expedidos pela autoridade norte-americana (fls. 49/51) demonstram a existência de palete de madeira não tratada, sem a marcação ISPM-15, quando do desembarque.

E não havendo impugnação específica da ré com relação à afirmação da demandante de que utilizou apenas caixas de papelão, resta incontroverso esse fato.

Desta forma, se não foi utilizada madeira pela autora no acondicionamento da carga, porém, havia quando da chegada aos Estados Unidos, evidentemente o palete foi providenciado pela companhia aérea, sendo inequívoca sua responsabilidade pela violação das normas fitossanitárias e, consequentemente, pela multa, devendo, portanto, ressarcir à autora o valor nos termos da r. sentença.

Descabida ainda a tese de exoneração da transportadora por perdas e danos decorrentes de embalagem defeituosa ou inadequada, uma vez que a sanção não foi aplicada em decorrência das embalagens em si, mas pela utilização de palete não tratado.

Acesso ao Sumário

1 https://www.ippc.int/largefiles/NIMF_15_2009_PTFINAL_0.pdf

Dessarte, o recurso da ré comporta parcial conhecimento e, na parte conhecida, não prospera.

Passo à análise do recurso da autora.

Preliminarmente, a recorrente efetuou o recolhimento do preparo recursal no valor de R$ 960,00, sendo o correto R$ 998,72, conforme cálculos e certidão da z. serventia de fls. 223.

Entretanto, buscando efetividade e celeridade processuais, concede-se o prazo de 5 (cinco) dias para comprovação da complementação do preparo, sob pena de inscrição na Dívida Ativa junto ao CADIN.

Feita a determinação, o recurso prospera em parte.

Pleiteia a demandante indenização suplementar pelo atraso na entrega, entretanto não trouxe nenhum documento comprovando o alegado prejuízo.

Não há indícios nos autos de recusa da carga, pagamento de multa pelo atraso, abalo na parceria comercial ou qualquer outra situação prejudicial à demandante e que esteja diretamente ligada à entrega das mercadorias após da data prevista.

Desta forma, descabida a indenização pleiteada.

Referente à verba honorária, parcial razão assiste à autora.

A sucumbência é recíproca, considerando que a demandante pleiteou duas indenizações, da multa e por danos gerados pelo atraso, porém, só obteve êxito em um dos pleitos.

Entretanto, a base de cálculo comporta alteração.

Prevê o art. 85 do CPC:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

[...]

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

Está clara a condenação da requerida, sendo esta a base de cálculo da verba honorária por ela devida.

Entretanto, não houve condenação da autora e a indenização suplementar, pedido do qual sucumbiu, não é mensurável, de forma que os honorários advocatícios por ela devidos devem ser arbitrados por equidade, assim, fixo honorária devida pela demandante em prol dos patronos do réu em R$ 1.500,00 corrigido desta data, fluindo juros de mora do trânsito em julgado, com fundamento no art. 85, §§ 2º, 8º e 16 e art. 86 ambos do CPC.

Dessarte, o recurso do réu comporta parcial conhecimento e, na parte conhecida, não prospera, sendo parcialmente provido o recurso da autora para fixar os honorários por ela devidos em prol dos patronos do réu em R$ 1.500,00 corrigido desta data, fluindo juros de mora do trânsito em julgado, com funda-

Acesso ao Sumário

mento no art. 85, §§ 2º, 8º e 16 e art. 86 ambos do CPC, feita a determinação para que a demandante complemente o preparo recursal no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de inscrição de seu nome na Dívida Ativa junto ao CADIN.

Diante desse desate majoro os honorários advocatícios devidos em prol dos patronos da autora para 13% sobre o valor da condenação atualizado, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

Ressalta-se que não cabe ao julgador rebater todos os argumentos e raciocínios expendidos pela parte, bastando que motive sua decisão em atenção ao princípio do devido processo legal.

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ:

"Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução." (REsp nº 1.817.453/BA, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 25/06/2019).

"Consoante jurisprudência desta Corte Superior, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos invocados pelas partes, nem a indicar todos os dispositivos legais suscitados, quando tenha encontrado motivação satisfatória para dirimir o litígio. Nesse sentido, são os seguintes precedentes: AgRg no AREsp n. 55.751/RS, Terceira Turma, Relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 14.6.2013; AgRg no REsp n. 1.311.126/RJ, Primeira Turma, Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 22.5.2013; REsp n. 1244950/RJ, Terceira Turma, Relator o Ministro Sidnei Beneti, DJe 19.12.2012; e EDcl no AgRg nos EREsp n. 934.728/AL, Corte Especial, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 29.10.2009. Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional." (Agravo em Recurso Especial nº 1.335.032/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, decisão monocrática publicada no DJe de 23.09.2019)

Ficam advertidas as partes em litígio que, na hipótese de recurso infundado ou manifestamente incabível, estarão sujeitas às sanções correlatas, inclusive de verba honorária.

Isto posto, pelo meu voto, hei por bem:

1- CONHECER EM PARTE do recurso do réu e, na parte conhecida, a ele **NEGAR PROVIMENTO**.

2- COM DETERMINAÇÃO (complemento pela autora do preparo no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de inscrição de seu nome na Dívida Ativa junto ao CADIN), **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso da demandante apenas para fixar os honorários por ela devidos em prol dos patronos do réu em R$ 1.500,00 corrigido desta data, fluindo juros de mora do trânsito em julgado.

Diante desse desate majoro os honorários advocatícios devidos em prol dos patronos da autora para 13% sobre o valor da condenação atualizado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1013818-19.2021.8.26.0405, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TOP BRAX COMERCIAL LTDA. EPP, é apelado MERCADOLIVRE.COM ATIVIDADES DE INTERNET LTDA.

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastaram a matéria preliminar e no mérito, negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 60.365/2024)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente) e JOÃO ANTUNES.

São Paulo, 21 de março de 2024.

MARCONDES D'ANGELO, Relator

Ementa: RECURSO - APELAÇÃO CÍVEL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - ADMINISTRAÇÃO DE PLATAFORMA DIGITAL E.COMERCE - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS - MATÉRIA PRELIMINAR. Julgamento "extra petita". Inocorrência. Sentença que observou o princípio da congruência, bem como o disposto no artigo 492 do Código de Processo Civil. Ação, outrossim, julgada improcedente inexistindo de tal forma como ser considerada a decisão além do pedido. Nulidade do julgado por falta de fundamentação (negativa de prestação jurisdicional). Não caracterização. Decisão recorrida que diante do conjunto probatório coligido, de forma lógica e coerente, apontou a solução da lide. Matéria preliminar repelida.

RECURSO - APELAÇÃO CÍVEL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - ADMINISTRAÇÃO DE PLATAFORMA DIGITAL E.COMMERCE - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS - MÉRITO. Autora que utiliza plataforma digital da requerida para efetuar revenda de bens móveis, dentre os quais o denominado "Kit barra led LG 55lb6200/55lb6500". Indica ter a demandada, de forma desacertada, efetuado o bloqueio de seus anúncios causando injusto

Acesso ao Sumário

prejuízo. Busca a reativação de sua conta e permissão de vendas, bem como o recebimento de indenização por danos materiais (lucros cessantes) e íntimos/morais. Hipótese na qual o bloqueio e retirada dos anúncios ocorreram em exercício legal do direito (violação aos termos de publicação de anúncios). Requerida que foi notificada por terceiro (LG Eletronics), que denunciou a titularidade das peças irregularmente comercializadas pela pessoa jurídica recorrente. Produtos que possuíam menção expressa à LG, embora não fossem licenciados ou oficiais pela marca apontada. Peças vendidas, outrossim, que são utilizadas exatamente para reposição em televisores fabricados pela LG, que detém os direitos sobre a propriedade intelectual e patente de tais componentes. Litigância de má-fé. Caracterização. Irregular postura da autora, tendente a induzir o Juízo à erro, tendo ainda buscado vantagem que sabia ser indevida. Alteração da verdade dos fatos, provocação de incidente manifestamente infundado e adoção de medidas protelatórias. Improcedência na origem, revogada a tutela de urgência. Sentença mantida. Recurso de apelação da autora não provido, majorada a honorária sucumbencial, atendo ao artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de reparação de danos movida por **Top Brax Comercial Limitada EPP** contra **Mercadolivre.com Atividades de Internet Limitada**, sustentando utilizar a plataforma digital da segunda nomeada ("e-commerce") para vender diversos produtos, dentre os quais o denominado "Kit Barra Led 55lb6200/55lb6500", principal fonte de seus lucros. Ocorre que "no final do mês de janeiro de 2021" (folha 03, segundo parágrafo) recebeu comunicação da requerida informando ter a *LG Eletronics* denunciado a titularidade de tal produto, diante de uso indevido do nome e de similaridade, motivo pelo qual todos seus anúncios foram bloqueados/suspensos. Explica ter buscado a solução administrativa para a controvérsia, sem sucesso. Versa acerca da relação de consumo supostamente existente entre as partes e afirma comercializar de forma legal o referido produto, de forma que devem seus anúncios serem reativados. Discorre também sobre danos materiais

Acesso ao Sumário

(lucros cessantes) e prejuízos íntimos/morais. Pede a procedência da demanda, para compelir a demandada na obrigação de fazer de reestabelecer prontamente sua conta/perfil no sítio eletrônico *Mercado Livre* ("Market place"), além de indenizar os prejuízos suportados. Atribuiu à causa o valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Deferido o pedido de tutela de urgência às folhas 126/127.

A **LG Eletronics do Brasil Limitada** compareceu espontaneamente nos autos e pediu seu ingresso no feito como assistente simples ou litisconsorcial, destacando que a tutela postulada pela pessoa jurídica autora lhe afeta diretamente, pois se encontra ela vendendo produtos como seu fossem da marca *LG*, o que gera prejuízo aos consumidores (que são levados à erro ao adquirir peças não originais e irregularmente produzidas), caracterizada concorrência desleal. Também alega que a proteção conferida pelo INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial) à autora alcança apenas a "marca mista", mas não o desenho industrial do produto "Kit Barra Led 55lb6200/55lb6500", cujos direitos de propriedade intelectual são por ela detidos e exclusivos. Pugna pela revogação da tutela de urgência e pela improcedência do pedido (424/458)

Indeferido o ingresso da *LG Eletronics* no polo passivo (folha 522), em decisão confirmada por esta Câmara Julgadora em sede de agravo de instrumento (autos nº 2267462-24.2021.8.26.0000 - folhas 661/662).

Após diversos pedidos formulados nestes autos de forma incidental (de recebimento de valores decorrentes das astreintes), informou a autora ter movido também incidente de cumprimento provisório em peça apartada, no intuito de receber desde logo os valores decorrentes do não cumprimento imediato da tutela de urgência pela requerida, vez que os anúncios eram reativados e novamente suspensos por novas denúncias (folhas 683/687).

Nova manifestação da demandante às folhas 694/707, indicando possuir 102 (cento e dois) anúncios suspensos no sítio eletrônico da requerida (*Mercado Livre*), e pedindo sua condenação no pagamento de astreintes no valor de R$ 4.680.000,00 (quatro milhões, seiscentos e oitenta mil reais).

A respeitável sentença de folhas 716 usque 723, cujo relatório se adota, julgou procedente o pedido, extinguindo o feito com espeque no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Revogou a tutela de urgência e condenou a autora, ainda, por litigância de má-fé, com multa estipulada em R$ 8.000,00 (oito mil reais), observando se tratar de causa de valor inestimável. Tal valor deve ser acrescido de correção monetária (índices da Tabela Prática do TJSP) desde o arbitramento e de juros de mora legais (um por cento ao mês) a contar da citação (responsabilidade civil contratual). Por fim, em virtude do princípio da sucumbência, impôs à parte vencida o pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios da parte adversa fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa atualizado.

Acesso ao Sumário

Apresentados embargos de declaração pela autora (folhas 726/740), foram eles rejeitados (decisão de folha 741).

Inconformada, recorre a pessoa jurídica demandante pretendendo ampla reforma do julgado (folhas 744/779). Em extensa peça recursal (trinta e seis laudas) aduz equivocada a respeitável sentença. Em preliminar, suscita nulidade em virtude de "julgamento extra petita" e indica fundamentação insuficiente (irregular análise do conjunto probatório coligido). No mérito, alega ausência de comprovação da suposta violação de propriedade intelectual pertencente àe terceiro, ou de que os produtos comercializados apresentavam relação com patente exclusiva da *LG Eletronics*. Diz também ter comprovado a "autenticidade do produto" que comercializa (folha 771, item VI.8). Logo, ausente afronta aos termos de uso da plataforma comercial digital ou motivo que justifique o bloqueio de suas vendas. Defende ser equiparado ao consumidor (relação de parceria comercial, destinada a venda de produtos em plataforma digital - "market place", ou "mercado online") e que a hipótese não comporta denúncia pelo sistema "Brand Protection Program". Por fim, afirma não ter ocorrido má-fé em nenhum momento, motivo pelo qual indevida a multa determinada em primeira instância. Aduz que as diversas e reiteradas manifestações tinham por objetivo apenas compelir a requerida a reestabelecer seus anúncios o quanto antes, e não pretendia protelar ou tumultuar o andamento processual. Afirma também que o dolo processual deve ser comprovado de forma contundente, o que não ocorreu na hipótese. Requer o acolhimento de seu apelo, com a procedência da demanda e adequação da distribuição sucumbencial. Alternativamente, no caso de manutenção da improcedência, pugna pelo afastamento da multa determinada.

Recurso tempestivo, preparado (folhas 780/781), regularmente processado e oportunamente respondido (folhas 785/814), subiram os autos.

Uma vez que recolhido a menor o valor do preparo recursal necessário (planilha de folha 915), foi ofertado prazo para a recorrente efetuar o pagamento da diferença devida (folha 922), o que foi atendido às folhas 926/929.

Vieram-me os autos.

Este é o relatório.

O recurso comporta juízo de admissibilidade positivo, eis que presentes os requisitos legais.

A respeitável sentença recorrida, contudo, não comporta censura.

De pronto, inócua a alegação de julgamento fora do pedido (folha 759, item VI.3). Este só ocorre quando a sentença soluciona causa diversa daquela proposta pelo autor por meio do pedido inicial, o que não é o caso dos autos em exame. Em outras palavras, "extra petita" é a decisão prolatada fora do que foi pleiteado, ou totalmente estanha ao pedido e aos seus fundamentos.

Vê-se, assim, que para a configuração do excesso deve-se ter por parâmetro o pedido e não a causa de pedir, seja ela remota ou próxima. E da simples

Acesso ao Sumário

análise da respeitável decisão atacada, verifica-se a estrita obediência ao princípio da congruência (artigo 492, do Código de Processo Civil), já que o que se tem é a rejeição dos pedidos formulados na inicial e a extinção do feito com esteio no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

De mais a mais, vale ressaltar que a jurisprudência atual tem apontado para a necessidade de uma interpretação lógico-sistemática do pedido, de forma a conceder à parte o que foi realmente pleiteado, sem implicar em julgamento "ultra" ou "extra petita", sempre no intuito de tornar efetivo o processo, observado o amplo acesso à justiça e a regular composição da lide.

Inocorrente, portanto, o alegado julgamento "extra petita". Não há que se falar, também, em fundamentação insuficiente (negativa de prestação jurisdicional), vez que profundamente analisadas as questões trazidas ao Juízo.

E mais. A respeitável sentença recorrida apontou de modo claro e com as referências que se impunham os motivos fáticos e jurídicos que embasaram o entendimento adotado pelo douto julgador, que de forma logica apontou solução coerente para a lide, considerado o conjunto probatório amealhado. Restaram, portanto, atendidos os preceitos contidos no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e a norma encontrada no artigo 489, do Diploma Processual Civil.

Afastada, assim, a matéria preliminar suscitada.

Em uma simples leitura dos autos se observa que às folhas 383/386, muito antes da prolação da sentença, foi proferida decisão afastando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor no presente caso, sobre a qual não pesou nenhum recurso. Logo, descabe neste momento reavaliar tal ponto, vez que foi previamente estabelecido que não caberia "in casu" a inversão do ônus probatório, até porque a relação entre as litigantes é de parceria comercial (anúncio em plataforma digital, com objetivo comum de efetuar vendas para terceiros, não havendo hipossuficiência).

Quanto ao mérito, em suma, afirma a pessoa jurídica autora (ora recorrente) que de forma lícita e regular utiliza a plataforma da requerida (*Mercado Livre*) para vender bens móveis, dentre os quais o denominado "Kit Barra Led 55lb6200/55lb6500). Afirma deter o registro de tal produto, contudo recebeu comunicação da requerida "no final de janeiro de 2021" informando que em virtude de existirem denúncias da *LG Eletronics* questionando a titularidade da marca e bens comercializados, seus anúncios seriam suspensos e bloqueados.

Defende não existir motivo para medida, que lhe acarretou considerável prejuízo financeiro (lucros cessantes), além daqueles decorrente da dor íntima/moral de ter que interromper sua atividade comercial.

De seu lado, em peça contestatória (folhas 157/177), suscita a requerida *Mercado Livre* inexistir irregularidade na postura adotada (bloqueio da conta), vez que recebeu denúncias expressas da *LG Eletronics,* que apontou irregularidade dos produtos comercializados pela pessoa jurídica autora, em afronta ao

Acesso ao Sumário

seu direito de propriedade industrial. Aduz também, entre outras considerações, que a autora anunciou os produtos como se fossem originais inexistindo, contudo, informações de que sejam até mesmo compatíveis com aqueles da *marca LG*. Por fim afirma que tem a faculdade de remover anúncios com suspeita de violação aos termos da plataforma digital, bem como a conta dos usuários que efetuam vendas de produtos irregulares ou em desacordo com a legislação e termos internos.

No que pese o tumulto processual, o fulcro da divergência em análise é de baixa complexidade. Dessume-se incontroverso dos autos ter a requerida (ora recorrida) *Mercadolivre.com Atividades de Internet Limitada* recebido denúncia da *LG Eletronics do Brasil Limitada*, com indicativo de suposta comercialização de produtos falsificados pela autora, como se fossem originais (o que lesa uma quantidade grande de consumidores em potencial). Após explicações serem ofertadas, não restou comprovada a regularidade e procedência dos bens, motivo pelo qual ocorreu o cancelamento dos anúncios da pessoa jurídica autora (ora recorrente).

Por consequência, o cancelamento dos anúncios ocorreu de forma devida, em exercício regular do direito da requerida, responsável por hospedar a página digital que realiza a aproximação entre a parte vendedora (autora, no caso) e os terceiros interessados (consumidores diversos). Patente a ocorrência de afronta às disposições internas da plataforma digital, inexistindo motivo a justificar a postura irregular da demandante (que efetuou anúncio de produtos de forma irregular)

Há nos autos provas bastante claras de que a recorrente faz de forma usual e absolutamente irregular o nome da **marca LG** para denominar seus produtos no momento de publicar os anúncios, indicados como "Kit Barra Led **LG** 32lk610b/32lk615 Bras Alfa" e "Kit Barramento Led **LG** 55la6210/55la6214 Bras Alfa", conforme documentos de folhas 483/484.

E ainda: à obviedade, tal fato leva a erro o consumidor final, que ao buscar o produto para compra entende se tratar de produto oficial, fabricado pela marca que tem seu nome no bem, não sendo o caso de se questionar a qualidade, mas sim quem detém a propriedade intelectual e patente para comercialização.

Em nenhum momento a recorrente explica o motivo de utilizar o nome "LG" para fomentar suas vendas, ou impugna de forma objetiva os documentos supramencionados. E como consequência lógica, obtém captação de clientela e - repita-se - leva o consumidor ao erro no momento da escolha do produto na rede mundial de computadores.

Conforme bem observado pelo eminente Magistrado "a quo" e descrito à fola 516, a **LG** é marca de alto renome, conforme lista da diretoria de marcas, desenhos industriais e indicações geográficas do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

Acesso ao Sumário

E não é só. Os produtos em questão (comercializados pela recorrente) são exatamente peças de reposição de televisores exatamente fabricados pela LG (documentos de folhas 585/508, 509 e 544), de forma que apenas ela detém a propriedade do nome, desenho e marca das peças que produz. O registro da recorrente junto ao INPI não se refere às peças de estava comercializando, mas apenas àquelas do registro da marca BRASALFA (folhas 99 e 480/481). Irregulares os anúncios, uma das consequências lógicas (sem prejuízos de demais a serem oportunamente apuradas) é a imediata suspensão dos anúncios e vendas, descabendo a vendedora pleitear obrigação de fazer tendente à retomada de suas irregulares vendas, sob o argumento de não ter conhecimento de que não poderia utilizar a nome da marca fabricante sem sua anuência.

Não é demais ressaltar que ao buscar vender bens móveis a recorrente anuiu expressamente com os termos da *Mercado Livr*e (folhas 240/241) e possuía certa ciência acerca das responsabilidades assumidas e requisitos necessários para se manter na plataforma.

Destarte, escorreita a respeitável sentença ao apontar a improcedência da demanda, extinto o feito com julgamento de mérito e espeque no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Ponto seguinte, a questionada multa por litigância de má-fé determinada pelo Magistrado sentenciante de forma fundamentada (artigo 80, incisos I, III, IV e V, do Código Processual), que deve ser mantida.

De pronto, tem-se que a demandante (ora recorrente) formulou pedido irregular, buscando vantagem que sabia ser indevida (vendia produtos indicando nome de terceiro sem autorização, lesando um número indefinido de consumidores). Ainda assim, embora tenha efetuado anúncios patentemente irregulares, utilizando nome de terceiro consolidado no mercado (LG Eletronics) para fomentar suas revendas sem autorização, veio em Juízo pugnando por tutela de urgência, no intuito de tentar permanecer por algum tempo realizando as vendas irregulares, ou de escoar seus produtos já adquiridos.

Ao mesmo tempo em que apresentou em apartado cumprimento provisório, no intuito de receber valores decorrentes de astreintes, se manifestou ao menos em seis oportunidades nestes autos buscando exatamente o recebimento de tais valores causando tumulto processual. Chegou a postular às folas 694/707 de forma absolutamente indevida o recebimento de R$ 4.680.000,00 (quatro milhões, seiscentos e oitenta mil reais) a título de astreintes, prejudicando em diversos momentos o regular andamento processual.

Ainda formulou de forma reiterada pedido de inversão do ônus probatório (embora já estivesse a questão expressamente decidido nos autos) e apresentou pedido manifestamente contrários à norma processual (artigo 537, parágrafo 03º, do Diploma Processual Civil), deixando de observar o eventual levantamento de valores é possível apenas após transito em julgado do feito.

Acesso ao Sumário

O que salta às vistas é que de fato deixou a recorrente em determinado momento de buscar a obrigação pleiteada na inicial (obrigação de fazer e restabelecimento dos anúncios) e passou a ter por objetivo precípuo o recebimento de multa processual (astreintes), atrasando de forma intencional o processamento da demanda (ajuizada em 30 de junho de 2021) exatamente para favorecer a majoração do valor devido e resgatar astreintes em valor milionário.

Destarte, imperioso manter a respeitável sentença de improcedência, preservado o entendimento do eminente Magistrado "a quo" que observou as peculiaridades da hipótese em apreço com equilíbrio, de forma adequada e, assim, equacionou a lide resolvendo a questão parcimônia e fundamentação.

Por fim, em virtude do trabalho adicional realizado em sede recursal, majora-se os honorários sucumbenciais devidos de 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa para 20% (vinte por cento), sobre tal valor, nos termos do parágrafo 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, afastada a matéria preliminar, no mérito, nega-se provimento ao recurso de apelação da autora, majorada a honorária sucumbencial, atento ao conteúdo do parágrafo 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil, nos moldes desta decisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1022439-76.2023.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante APEX AUTO CLUB LTDA., é apelado HUSSEIN EL NABOULSI.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U. Compareceu para sustentar oralmente o Dr. Nilton Alexandre Cruz Severi.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.783)**

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

São Paulo, 6 de março de 2024.

LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL, Relator

Ementa: Responsabilidade civil. Veículo confiado ao prestador de serviços. Hipótese de prestação gratuita de serviços com propósito de fidelização do cliente. Existência de relação de consumo. Roubo que constitui fortuito interno. Obrigação de reparar bem reconhecida. Obrigação de locação de veículo que tem o

Acesso ao Sumário

propósito de mitigar os danos e vigora até o pagamento da indenização. IPVA que deve ser objeto de restituição nos termos da Lei nº Paulista nº 13.296/2008. Valor ora excluído da indenização. Recurso parcialmente provido.

VOTO

A r. sentença de págs. 407/416, cujo relatório é adotado, assim julgou a presente ação assentada em acidente em relação de consumo, o que fez ao fundamento de que a empresa ré responde objetivamente pelo roubo de veículo automotor confiado em depósito para a realização de serviços por terceiros com o propósito de fidelização do cliente:

JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a demanda indenizatória movida por Hussein El Naboulsi em face de Apex Auto Club Ltda. Para condenar a ré a reembolsar o autor pelas parcelas que já havia pago para o Consórcio e pelo Ipva de 2023, em valores que deverão ser comprovadas na fase de cumprimento de sentença, mediante simples cálculos aritméticos.

As parcelas serão corrigidas pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça desde cada desembolso e acrescidas de juros de 1% ao mês, a partir da citação (ilícito contratual).

A Apex ainda deverá quitar o consórcio do Mercedes Benz, honrando o pagamento das parcelas pendentes e dos encargos moratórios, comprovando-o nos auto sem 10 dias contados do trânsito em julgado, sob pena de o autor poder executar o valor devido nestes autos, para destinar o numerário ao consórcio.

Devido à sucumbência recíproca, cada parte arcará com as suas despesas processuais.

Sobre os honorários, a Apex pagará 10% sobre o valor da condenação, ao passo que o requerente pagará 10% sobre os danos morais e materiais que lhe foram denegados.

Apela a empresa ré a postular a improcedência da ação, em síntese, porque não prestou serviços ao autor e, assim, inexistiu relação de consumo, porque seu sócio recebeu o veículo de favor para levar em outro estabelecimento para a execução de serviços de manutenção e porque o roubo é fortuito externo. Subsidiariamente, pleiteia a exclusão do valor do IPVA e da obrigação de pagar locação de veículo da condenação (págs. 426/450).

O recurso foi processado e respondido (págs. 456/459).

Houve oposição ao julgamento virtual (págs. 463/464).

É o relatório.

Inexiste impedimento ao conhecimento do recurso.

Acesso ao Sumário

Do que foi relatado, depreende-se que a sentença apelada teve por fundamento nuclear a caracterização da relação de consumo, tendo em vista que a ré recebeu o veículo em depósito para encaminhá-lo a terceiro com o intento de fidelizar o consumidor, o que inegavelmente se compreende no conceito de relação de consumo, porque é prestação de serviços.

A propósito a doutrina de Bruno Miragem[1]:

O reconhecimento da remuneração indireta em uma relação de consumo parte do pressuposto de que toda a atuação do fornecedor no mercado de consumo tem por objetivo a obtenção de vantagem econômica. O que difere é o modo como esta vantagem será obtida e a que tempo. O aparecimento e desenvolvimento das técnicas de marketing fazem surgir, a cada momento, novas formas de conquista de consumidores, bem como sua fidelidade aos produtos ou serviços de uma determinada marca ou fornecedor. E dentre as estratégias mais conhecidas está a do oferecimento de brindes, amostras ou quaisquer outras vantagens pelos fornecedores, as quais, ainda que sejam oferecidas na relação imediata, sob a característica da gratuidade, são custeadas economicamente pelo fornecedor em vista de vantagem futura, de novos contratos - neste caso, onerosos - a serem celebrados pelos mesmos consumidores agraciados ou que sejam influenciados positivamente por estas ações de marketing. Em resumo, se oferece a gratuidade de contratos presentes em vista de contratos onerosos no futuro, onde estará a remuneração e o custeio da primeira relação. Da mesma forma ocorre nas situações em que se agrega a um determinado produto ou serviço cuja aquisição é devidamente remunerada, uma segunda vantagem acessória, declaradamente gratuita, mas cujo custo resta naturalmente incorporado na transação principal já realizada ou em outro contrato a se realizar (assim, por exemplo, o oferecimento de brinde condicionado à aquisição de um produto ou serviço).

Deste modo, também nestas situações de gratuidade resta caracterizada a intervenção no mercado de consumo pelo fornecedor, e mais, a obtenção de vantagem econômica diferida no tempo, razão pela qual sua qualificação como relação de consumo é inquestionável para efeito da aplicação das normas do CDC.

De salientar, por fim, que esta conclusão se estabelece sem prejuízo do reconhecimento da relação de consumo nas outras hipóteses previstas pelo CDC, como é o caso do da extensão da responsabilidade do fornecedor a todas as vítimas de um acidente de consumo (artigo 17). Nesta hipótese não se há de discutir a qualquer título a existência ou não de remuneração - uma vez que a responsabilidade não se origina

1 MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor.** PARTE II. DIREITO MATERIAL DO CONSUMIDOR. Revista dos Tribunais, 2020 - Página RB-1.64. *(e-book.)*

Acesso ao Sumário

de avença contratual, seja a título oneroso ou gratuito - restringindo-se a questão ao fato de o fornecedor empreender atividade econômica no mercado de consumo.

Sintomaticamente, as razões de recurso em momento algum impugnam circunstanciadamente o propósito de fidelização do cliente, elemento nuclear da sentença, cuja conclusão, portanto, é de ser mantida.

De resto, a imputação da responsabilidade ao sócio da apelante é artificiosa, seja porque o veículo foi entregue em depósito no estabelecimento comercial, seja porque inexiste prova de alguma relação pessoal que pudesse justificar o fato nos moldes pretendidos pela apelante.

Quanto ao roubo em si, o ato de terceiro não constitui fortuito externo a afastar a responsabilização do prestador de serviços, dado que a guarda do veículo é um risco de sua atividade, conforme é da orientação do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REGRESSO. SUB-ROGAÇÃO DA SEGURADORA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. DECISÃO SURPRESA. NÃO OCORRÊNCIA. ESTABELECIMENTO DE LAVAGEM DE CARRO. ROUBO DO VEÍCULO À MÃO ARMADA. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS. EXISTÊNCIA. FORTUITO INTERNO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SÚMULA 284/STF.

1. Ação de regresso ajuizada em 24/5/2019, da qual foi extraído o presente recurso especial interposto em 25/5/2022 e concluso ao gabinete em 19/12/2022.

2. O propósito recursal consiste em decidir se a) houve negativa de prestação jurisdicional; b) foi proferida decisão surpresa e c) o fornecedor de serviços pode ser responsabilizado por roubo à mão armada de bem deixado sob sua custódia para a realização de serviço.

3. Na hipótese em exame, é de ser afastada a existência de omissões no acórdão recorrido, pois as matérias impugnadas foram enfrentadas de forma objetiva e fundamentada no julgamento do recurso, naquilo que o Tribunal a quo entendeu pertinente à solução da controvérsia.

4. Não há decisão surpresa e, portanto, violação ao art. 10 do CPC/2015, uma vez que as partes tiveram a oportunidade de se manifestar sobre o fato da instalação de rastreador no veículo e o argumento de culpa concorrente da seguradora foi afastado sob o fundamento de que a instalação desse equipamento era mera faculdade do segurado.

5. O fato exclusivo de terceiro é ato praticado por terceiro, sem vinculação com o fornecedor de serviços, que rompe o nexo de causalidade (art. 14, § 3º, II, do CDC). Ele apenas tem aptidão para afastar a responsabilidade do fornecedor quando se equiparar ao fortuito externo, isto é, quando não estiver relacionado ao risco da atividade desempenhada. Se

Acesso ao Sumário

o fato de terceiro ocorrer dentro da órbita de atuação do fornecedor, ele se equipara ao fortuito interno, sendo absorvido pelo risco da atividade. 6. Quando a coisa móvel subtraída por terceiro está na posse do fornecedor para a realização de serviço contratado pelo cliente, concomitantemente à prestação de serviço há um contrato de depósito, por meio do qual o fornecedor assume a obrigação de guarda e conservação da coisa (arts. 627 e 629 do CC/02). Ademais, aquele que se obriga a realizar um serviço em bem alheio assume o encargo de restituí-lo ao seu dono. Assim, o roubo desse bem é um risco atrelado à atividade desempenhada pelo prestador dos serviços.

7. Na espécie, o segurado deixou o seu veículo no estabelecimento da recorrente para que fosse realizado um serviço de conservação da pintura e dos bancos. Todavia, após ele sair do local, o automóvel foi roubado por dois indivíduos mediante emprego de arma de fogo.

Tal fato está relacionado ao risco da atividade, qualificando-se como fortuito interno, tendo em vista que a recorrente assumiu a obrigação de conservar e de restituir o bem ao consumidor.

8. A falta de indicação do dispositivo legal sobre o qual recai a divergência jurisprudencial atrai o óbice da Súmula 284 do STF.

9. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp nº 2.076.294/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/12/2023, DJe de 19/12/2023 - grifei).

Assim, com tais breves considerações em acréscimo aos bem lançados fundamentos da sentença, que ficam incorporados nos termos do art. 252 do RITJSP, é mesmo o caso de ser reconhecida a responsabilidade pelo acidente de consumo.

No que diz respeito ao valor do IPVA, tem razão a apelante ao pretender a exclusão dessa verba da condenação, pois, nos termos do art. 14 da Lei Paulista nº 13.296/2008, cabe ao proprietário privado da liberdade, e só a ele, requerer a restituição junto à administração tributária.

Com relação à obrigação de locação de veículo deferida em tutela de urgência, a medida tem a finalidade de prevenir a intensificação do dano emergente, de modo que será devida até a realização dos pagamentos determinados no julgado.

É aqui de ser observado que a obrigação é de ofertar locação, e não de reembolsar o consumidor de modo a exigir dele a prévia realização da despesa.

No mais, as restantes determinações pecuniárias impostas à ré não foram objeto de impugnação específica pela apelante, de modo que persistem íntegras.

Em suma, o recurso deve ser parcialmente provido tão somente para excluir da condenação o valor do IPVA, incluindo-o na base de cálculo da verba honorária devida pelo autor, e para delimitar o termo *a quo* da tutela de urgência.

Acesso ao Sumário

A sucumbência devida pela ré fica majorada para 15% em razão da sucumbência recursal.

Voto pelo provimento parcial do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1029891-90.2022.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante/apelado WESLEY DOS SANTOS, é apelado/apelante CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S/A.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao apelo da ré prejudicado o do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.683)**

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

São Paulo, 12 de março de 2024.

GALDINO TOLEDO JÚNIOR, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Ação de indenização fundada em agressões sofridas por funcionário da segurança do Aeroporto de Guarulhos supostamente por distribuir livros religiosos nas áreas de circulação de passageiros - Demanda movida contra a concessionária GRU Airport que administra o aeroporto - Sentença de procedência para o fim de condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais fixada em R$ 5.000,00 - Inconformismos das duas partes - Ausência de comprovação de agressão e de constrangimento indevido e abusivo - Autor que filmou as abordagens, tendo os seguranças o deixado livre e à vontade para fazer as imagens - Imagens que revelam desinteresse e reiterada recusa do autor em responder as interpelações dos seguranças a fim de esclarecer o que ele fazia no aeroporto, já que não era funcionário e nem passageiro - Suposta prática de ato ilícito pela ré não demonstrada - Exercício regular de direito - Atuação que se insere na necessária garantia de segurança no aeroporto e controle da circulação de pessoas - Autor que deixou de comprovar os fatos

Acesso ao Sumário

constitutivos de seu direito - Aplicação da regra do artigo 373, I, do CPC - Improcedência - Apelo da ré provido e prejudicado o do autor.

VOTO

1. Ao relatório constante de fls. 117/122, acrescento que a sentença julgou procedente ação de indenização por danos morais proposta por Wesley dos Santos contra Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos S.A., para o fim de condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00, com correção monetária desde a sentença e juros de mora desde o evento danoso. Em face da sucumbência, deverá a ré arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% do valor atualizado da condenação.

Inconformadas, recorrem as duas partes.

O autor sustentando, em síntese, que é missionário e exerce a pregação da sua fé. Afirma que é um enviado que se dedica a propagar a Palavra de Deus. Narra que sofreu agressões físicas por seguranças da ré, tendo sido impedido de sair do banheiro do aeroporto. Destaca que a sentença reconheceu que os seguranças ultrapassaram os limites de sua atuação, conforme imagens trazidas pelo autor, laudo do IML e fotografia comprovando as lesões sofridas. Informa que sofreu chute dos seguranças e que restou caracterizado o dano moral. Alega que é devida a majoração da indenização para o patamar de R$ 10.000,00. Dessa forma, requer a reforma da r. sentença (fls. 125/132).

A ré, por sua vez, alega que não houve agressão, mas sim agiu no exercício regular de direito por meio de seus agentes de segurança a fim de impedir a conduta irregular do autor. Destaca que não há comprovação da agressão, não registrada nas filmagens. Argumenta que o fato de a abordagem ter ocorrido dentro do banheiro não caracteriza excesso ou situação vexatória. Assevera que ficou comprovado que o autor fazia entrega de livros religiosos nas dependências do aeroporto, o que é atividade irregular, bem como ele próprio reconhece que já havia sido abordado outras vezes pelos seguranças. Sustenta que ele fica importunando as pessoas com seu comércio irregular e sua "pregação". Observa que o Aeroporto de Guarulhos é um bem público de uso especial da União que deve observar o Código Brasileiro de Aeronáutica, sendo que toda a atividade comercial desenvolvida no aeroporto depende de autorização da concessionária. Pontua que, além disso, a GRU Airport deve obedecer decretos federais e normas da ANAC para garantir a integridade dos passageiros. Ressalta, ainda, que o funcionamento do serviço de segurança privada da GRU Airport é amparado em Alvará emitido pela Polícia Federal, o que legitima a abordagem dos seguranças e rechaça a tese do constrangimento ilegal deduzida pelo autor, devendo se julgada improcedente a demanda. Pugna, assim pela reforma da r. sentença

Acesso ao Sumário

(fls. 136/145).

Recursos regularmente processados, com oferecimento de contrarrazões às fls. 148/158 e fls. 167/172.

2. O recurso da ré deve ser provido e o do autor, em consequência, resta prejudicado.

Alega o autor que no dia 31.03.2021 se encontrava na praça de alimentação do Aeroporto de Guarulhos quando foi abordado pelos prepostos da ré GRU Airport sob o argumento de que estaria praticando comércio irregular de livros. Narra que em outra data, no dia 18.04.2021, enquanto utilizava o banheiro no aeroporto, seus propostos novamente o abordaram pretendendo encontrar material supostamente comercializado ilegalmente, sem ter encontrado nada de irregular. Afirma que nesta ocasião, os seguranças da ré lhe agrediram, provocando lesão leve em sua perna. Assim, em decorrência de tal fato, postula a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Defendeu-se a ré sustentando que o autor realizou conduta irregular de venda de livros religiosos nas dependências do Aeroporto Internacional de Guarulhos, sem autorização da concessionária, conduta proibida pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, devendo ser observadas as regras de segurança estabelecidas no Decreto Federal nº 7.168/2010, que dispõe sobre o Programa Nacional de Segurança da Aviação Civil Contra Atos de Interferência Ilícita. Argumentou que seus propostos tomam as medidas necessárias à coibição de tais atos de comércio irregular, no entanto não teria havido o emprego de violência, ausente amparo ao pedido de indenização por danos morais.

A r. sentença julgou procedente a demanda para o fim de condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00, insurgindo-se as duas partes nesta oportunidade.

Sobre a atividade praticada pelo réu não foi esclarecido se havia ou não venda irregular de livros religiosos, sendo este o objetivo da abordagem, que, todavia, não deve se dar de modo excessivo.

Dos elementos acostados aos autos, contudo, não é possível extrair a ocorrência de ato ilícito praticado pela ré a ensejar os alegados danos.

Acesso ao Sumário

Conquanto alegue o autor que suportou agressão física dos prepostos da ré GRU Airport em abordagem feita no Aeroporto de Guarulhos, bem como de que teria sido constrangido indevidamente pelos seguranças que, ao seu argumento, teriam ultrapassado os limites de sua atuação, o fato é que não veio aos autos provas de suas alegações.

Das imagens acessadas através do link de fl. 12, feitas pelo próprio autor, com a ciência dos seguranças que o deixaram explicitamente à vontade para gravar, o que se verifica é que não houve por parte do autor disposição em cooperar com a abordagem, feita em face da suspeita de que ele distribuía ou vendia livros religiosos no aeroporto em dias diferentes, supostamente incomodando

passageiros, pratica que seria irregular, pois não devidamente autorizada.

Em diversas passagens os seguranças esclareceram que precisavam entender o que ele fazia no aeroporto, uma vez que não era passageiro, nem funcionário, respondendo o autor que ele não precisava explicar nada porque não eram policiais. Mesmo quando os seguranças disseram, "*se o senhor nada deve, queira nos acompanhar à Delegacia*", continuou o autor a se posicionar como vítima de abordagem indevida e que seus direitos estavam sendo cerceados.

Em outro dia em 18/04/2021, quando abordado no banheiro, novamente o autor foi deixado à vontade para gravar, expondo sua narração da situação em tempo real, se dizendo indevidamente constrangido. Verifica-se das imagens que ao tentar sair do banheiro foi impedido quando um dos seguranças disse que a abordagem não terminou, continuando o autor a narrar a situação dizendo que estaria sendo agredido, o que não foi registrado nas filmagens. Nesse contexto, o autor trouxe ao feito laudo do IML e fotografia indicando lesão leve ("equimose e escoriação região tibial antero-medial esquerda"), decorrente de suposto chute que teria levado na parte inferior da perna (fls. 25/27)

Como se vê, todavia, não está demonstrado nos autos a agressão sofrida, nem pelas imagens ou mesmo pelas testemunhas ouvidas, como consignou a r. sentença. Diante disso, tampouco há elementos que revelem o nexo causal entre suposta agressão dos seguranças e a lesão de natureza leve informada no laudo do IML, cuja fotografia revela um "arranhão".

No mais, como analisado, o autor filmou as abordagens de modo expresso e com a ciência dos seguranças, das quais não se observa ter havido abuso ou constrangimento indevido, mas sim exercício regular de direito imposto pelo dever de averiguação de toda e qualquer atitude irregular ou suspeita nas dependências do Aeroporto Internacional de Guarulhos, cuja segurança está também sob a responsabilidade da concessionária, juntamente com autoridades.

Por outro lado, das próprias filmagens se observa que não houve nenhuma disposição de cooperação por parte do autor, havendo preocupação apenas em transmitir narração exacerbada da interpelação dos seguranças, o que não foi suficiente para revelar de forma concreta o excesso arguido.

Não se olvide que o aeroporto é ambiente em que a circulação de pessoas é especialmente controlada para garantia da segurança de todos, sendo ônus da vida em sociedade o incômodo de ser interpelado por seguranças. No caso dos autos, o autor foi encontrado circulando no aeroporto em dias diferentes, dizendo-se "missionário" e propagador da "Palavra de Deus", não se vislumbrando ilegalidade na conduta da ré em averiguar, mediante abordagem, o que estava fazendo o autor, para que pudessem concluir se havia ou não a prática de ato ilícito, não tendo o autor, repita-se, demonstrado em nenhum momento que tinha intenção de cooperar e esclarecer eventual dúvida.

Logo, não há provas de que houve ato ilícito a permitir o reconhecimento

Acesso ao Sumário

dos danos alegados.

Assim, ainda que o autor alegue que houve ofensa à honra, é certo que não se desincumbiu do ônus de demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, o que impõe a improcedência do pleito.

Com efeito, o processo é um deserto de provas, não passando as alegações do autor de mera retórica sobre a aventada atuação ilícita da ré. Deixou, no entanto, de se preocupar com a comprovação das suas alegações, não tendo se desincumbido do ônus trazido pelo artigo 373, I, do Novo Código de Processo Civil.

Nesse cenário, não se configurando hipótese de abalo a honra subjetiva, sem qualquer prova isenta e verossímil de constrangimento ilícito, inexiste elementos capazes de caracterizar dano indenizável com base no disposto no artigo 186 do Código Civil, que prevê a responsabilidade civil por ato ilícito.

No dizer de Cândido Rangel Dinamarco, *"(...) cabe ao autor a prova relativa aos fatos constitutivos de seu alegado direito (inc. I) e ao réu, a dos fatos que de algum modo atuem ou tenham atuado sobre o direito alegado pelo autor, seja impedindo que ele se formasse, seja modificando-o ou mesmo extinguindo-o (inc. II; fatos impeditivos, modificativos ou extintivos - supra n. 524). A síntese dessas disposições consiste na regra de que o ônus da prova incumbe à parte que tiver interesse no reconhecimento do fato a ser provado (Chiovenda), ou seja, àquela que se beneficie desse reconhecimento; essa fórmula coloca adequadamente o tema do ônus probandi no quadro do interesse como mola propulsora da efetiva participação dos litigantes, segundo o empenho de cada um em obter vitória. O princípio do interesse é que leva a lei a distribuir o ônus da prova pelo modo que está no art. 333 do Código de Processo Civil, porque o reconhecimento dos fatos constitutivos aproveitará ao autor e o dos demais, ao réu; sem a prova daqueles, a demanda inicial é julgada improcedente e, sem prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, provavelmente a defesa do réu não obterá sucesso" (Instituições de Direito Processual Civil - vol. III, Ed. Malheiros, p. 72/73)*.

Com efeito, o recurso da ré deve ser provido para o fim de afastar sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais, prejudicado o do autor, por consequência.

Em face da sucumbência, deverá o autor arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, observada a gratuidade da Justiça.

3. Ante o exposto, meu voto, dá provimento ao recurso da ré e julga prejudicado o do autor.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009105-

72.2022.8.26.0079, da Comarca de Botucatu, em que é apelante BANCO ITAUCARD S/A, é apelado GUIMARAES & FANELLI CONSULTORIA REGULATORIA EMRPESARIAL LTDA.

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 38.483)**

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

São Paulo, 25 de março de 2024.

ANTONIO NASCIMENTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - BUSCA E APREENSÃO. Quitação da parcela em aberto. Imputação, pelo devedor, nos termos do art. 352 do Cód. Civil. Consoante já decidiu esta C. 26ª Câmara, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2248229-07.2022.8.26.0000, a anuência da instituição financeira gerou na consumidora a presunção da preservação do contrato. Hipótese de ofensa ao princípio da boa-fé contratual, que veda o "venire contra factum proprium", isto é, a proibição de ir contra fatos próprios já praticados. RECONVENÇÃO. Propositura desarrazoada da demanda que causou abalo à honra objetiva da autora. Danos morais evidenciados. Patamar indenizatório bem arbitrado. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

A r. sentença, de fls. 220/225, integrada a fls. 239/240, proferida nos autos da **ação de busca e apreensão** proposta por **Banco Itaucard S.A.** contra **Guimarães & Fanelli Consultoria Regulatória Empresarial Ltda.**, assim dirimiu a controvérsia:

"*Ante o exposto, JULGO EXTINTO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, por ausência de condições da ação busca e apreensão; na forma do artigo 487, inciso VI do Código de Processo Civil.*

Por força da sucumbência, a autora suportará o pagamento das custas e despesas processuais atualizadas desde o desembolso e honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Sem efeito a liminar concedida, devendo haver a devolução do veículo à ré nas mesmas condições de uso e conservação da data da apreensão ou,

na impossibilidade de devolução pela venda do bem, a conversão dessa obrigação para o pagamento do valor de mercado previsto na Tabela Fipe da data da apreensão, acrescido de correção monetária e de juros de mora a contar da data da apreensão, arcando a autora com o pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor da causa.

JULGO PROCEDENTE a reconvenção para condenar o reconvindo a indenizar à reconvinte os danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais). A quantia aqui arbitrada deverá ser atualizada a partir da publicação da sentença, na forma da Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça ("A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento") e acrescida de juros legais de 1% (um por cento) ao mês desde a data da apreensão indevida do veículo (07/10/2022 fls. 143).

Condeno o reconvindo ao pagamento das custas e honorários que arbitro em 10% sobre o valor da condenação".

Irresignado com a decisão de primeira instância, o banco-réu interpôs, a fls. 243/253, recurso de apelação. Aduz que houve mora do fiduciante, o que deu causa à propositura da demanda. Argumenta com a legitimidade dos procedimentos de cobrança, inclusive com interpelação extrajudicial visando à constituição em mora do devedor. Afirma que ainda se encontram em aberto outras parcelas do financiamento. Refuta a ocorrência dos danos morais.

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos legais para sua admissibilidade. Contrarrazões a fls. 262/269.

É o relatório.

Anote-se, desde logo, não se tratar de hipótese preconizada no art. 189 do CPC, motivo por que fica determinada a retirada da tarja de segredo de justiça.

Cuidam os autos de **ação de busca e apreensão**, decorrente de contrato de consórcio, visando a credora a retomar a garantia fiduciária, haja vista o não pagamento da prestação número 11.

Ocorre, todavia, que a acionada logrou comprovar o pagamento da parcela exigida pela instituição financeira.

Consoante bem ficou decidido nos autos do recurso de Agravo de Instrumento nº 2248229-07.2022.8.26.0000, a ré-reconvinte logrou comprovar a satisfação da parcela em aberto - fls. 270/274).

Deve ser reconhecida, na espécie, a imputação ao pagamento pela devedora, a teor do que indica o art. 352 do Cód. Civil: "*A pessoa obrigada por dois ou mais débitos da mesma natureza, a um só credor, tem o direito de indicar a qual deles oferece pagamento, se todos forem líquidos e vencidos*", declarando-se liquidada a parcela onze do contrato.

Há de se analisar, destarte, o comportamento da acionante à luz do prin-

Acesso ao Sumário

cípio da boa-fé objetiva,[1] que veda o que a doutrina chama de *venire contra factum proprium*, ou seja, proibição de ir contra fatos próprios já praticados. Em linhas gerais, a parte contratante não pode contrariar um comportamento por si anteriormente aceito, quebrando a expectativa gerada à contraparte de preservação do contrato.

Ou seja, se a apelante anuiu com o pagamento da parcela, aos olhos do devedor, gerou a expectativa da continuidade do contrato. Logo, não há se falar em retomada do bem, mediante o exercício da garantia fiduciária.

Confiram-se, nessa direção, os seguintes pronunciamentos jurisprudenciais:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO.* ***O princípio da boa fé objetiva veda o chamado "venire contra factum proprium" decorrendo daí que ninguém pode contrariar um comportamento reiteradamente por si praticado anteriormente, pois tal mudança de orientação, quebra a expectativa antes gerada, com ofensa à lealdade contratual.*** *Recurso provido".*[2]
>
> *"ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.* ***Busca e apreensão. Exercício abusivo de posição jurídica Interpretação dos arts. 187 e 422 do Código Civil Boa-fé objetiva. Venire contra factum proprium.*** *Caso concreto em que o credor criou na devedora legítima expectativa de purgar a mora com o pagamento dos valores devidos à data do ajuizamento da ação. Acertada a determinação de restituição do veículo à ré. Multa coercitiva. Fixação para proporcionar efetividade da tutela concedida. Redução do valor arbitrado. Aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Agravo parcialmente provido."*[3]

É evidente que a falha na prestação do serviço autoriza a indenização por danos morais, porquanto configurada situação de constrangimento, capaz de gerar desconforto passível de reparação. Vale dizer, o fato de a autora ter sido submetida ao constrangimento de sofrer demanda judicial sem lastro é suficiente para o reconhecimento do direito à indenização por dano moral, que nasce do próprio ato irregular e injusto. Nada é necessário provar. O dano ocorre *in re ipsa*.

E a pessoa jurídica, porque titular da honra objetiva, pode ser vítima de abalo moral, a teor do que preconiza a Súmula 227 do STJ: "*A pessoa jurídica pode sofrer dano moral*".

E fixada a responsabilidade da demandada pelos prejuízos causados à acionante, há de analisar-se a quantificação da indenização.

Acesso ao Sumário

1 Cód. Civil, art. 422.

2 TJSP - 26ª Câmara de Direito Privado - Agravo de Instrumento nº 2113141-41.2015.8.26.0000 - Rel. Des. **Felipe Ferreira** - J. 24/09/2015.

3 TJSP - 36ª Câmara de Direito Privado - Agravo de Instrumento nº 2158817-46.2014.8.26.0000 - Rel. Des. **Sá Moreira de Oliveira** - J. 26/02/2015.

Desse modo, levando-se em consideração a gravidade e extensão dos danos, bem como a culpa da demandada, o montante dos danos morais merece ser mantido nos exatos termos arbitrados em primeiro grau.

Finalmente, dando cumprimento ao disposto no art. 85, § 3º, do CPC, majoram-se os honorários advocatícios sucumbenciais em 10% sobre as quantias arbitradas na origem.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1012171-37.2020.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante SHIRLEY BONAFINI DA SILVA JUNQUEIRA, é apelada THAINARA REGINA PEREIRA GOUVEIA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.196)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NETO BARBOSA FERREIRA (Presidente) e MÁRIO DACCACHE.

São Paulo, 27 de março de 2024.

CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN, Relator

Ementa: ACIDENTE DE TRÂNSITO - Colisão entre automóvel e motocicleta - Ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos - Reconvenção - Sentença de procedência parcial da ação e de improcedência da reconvenção - Apelo da ré - Conduta culposa exclusiva da motorista do automóvel - Danos morais e materiais comprovados - Indenizações exigíveis - Arbitramento em harmonia com o artigo 944 do Código Civil - Sentença mantida - Apelação desprovida

Acesso ao Sumário

VOTO

A sentença de fls. 467/484 cujo relatório é adotado, complementada pela decisão de fls. 489/490 proferida em sede de embargos de declaração, julgou "*PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação principal, e assim o faço com resolução do mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC, para CONDENAR a ré a indenizar a parte autora: i) a título de danos materiais, pelo desembolso dos*

valores de R$ 3.000,00 (fl. 37) consistente nos gastos com tratamento médico, somados aos valores necessários para o fim da convalescença da autora, que deverão ser apurados em futura liquidação de Sentença. Sobre os valores incidirão atualização monetária nos termos da Tabela Prática do Tribunal de Justiça, acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês, desde a data de cada desembolso (Súmula 43, do STJ). ii) a título de dano moral, a quantia de R$ 20.000,00, com a incidência de correção monetária a partir desta data (Súmula 362 do STJ) e juros legais de mora a partir do evento danoso (art. 398, do CC e Súmula 54, do STJ). Sucumbente em maior proporção, por força da regra contida no art. 86, parágrafo único, do CPC, condeno a ré ao pagamento custas e despesas processuais referentes à ação principal, além de honorários advocatícios da parte adversa que fixo em 10% sobre o valor da condenação atualizada da condenação, nos termos do art. 85, §2º, do CPC. II JULGO IMPROCEDENTE a reconvenção, e assim o faço com resolução do mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Diante da sucumbência, arcará a reconvinte com o pagamento das custas, despesas processuais referentes à reconvenção, e com os honorários advocatícios da parte contrária que fixo em 10% do valor atualizado da reconvenção, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC".

Apela a ré (fls. 493/499) afirmando que não há prova de que foi a culpada pelo acidente e que "*o simples fato de a Apelante informar que não viu a moto da Apelada, não pode causar essa presunção; e, o que ocorreu de fato, foi que essa impossibilidade de visualização se deu, porque a última atravessou a via, em alta velocidade, e ela sim, foi quem atingiu a motocicleta, no veículo (...) a Apelante, parou sim no cruzamento (mesmo com a sinalização precária, conforme consta de fls. 151 e 156), e em momento nenhum foi comprovado fato diverso.*". Alega que o depoimento das testemunhas não tem validade, pois não viram o acidente, que a autora falava ao celular no momento da colisão e que na realidade foi a motocicleta que bateu sua parte frontal na lateral esquerda traseira do veículo por ela dirigido. Impugna a condenação ao pagamento de tratamentos fisioterápicos, odontológicos e plásticos, afirmando que a autora pode se socorrer do SUS, além de possuir plano de saúde particular, e pede o afastamento da condenação ao pagamento da indenização por danos morais e a da multa referente à oposição dos embargos de declaração.

O recurso foi regularmente processado e respondido (fls. 506/517).

É o relatório.

Consta da petição inicial que em 6 de julho de 2019 a autora "*saiu do shopping Praiamar, após concluir seu SEGUNDO DIA de trabalho, contratada por agência publicitária, conduzindo sua motocicleta quando, no cruzamento entre as ruas Alexandre Martins (por onde trafegava) e Alfaia Rodrigues, foi súbita e brutalmente atingida pelo veículo conduzido por SHIRLEY, que não respeitou a sinalização de PARE, ínsita a qualquer cruzamento. Começava aí o martírio de THAINARA. Socorrida pelo resgate, ainda no chão, deparou-se com o espanto e preocupação dos experientes profissionais da equipe, que destacaram fraturas nas pernas, ministrando altas doses de morfina para que THAINARA*

Acesso ao Sumário

chegasse ao hospital com quadro de dor dentro do limite do suportável. A ação imprudente de SHIRLEY provocou: (i) fratura na perna esquerda; (ii) fratura na perna direta; (iii) fratura do punho direito e (iv) fratura do halux (dedão) do pé direito. THAIANARA foi submetida, incialmente, a três intervenções cirúrgicas, para correção das fraturas em AMBAS as suas pernas, além de inserção de fixador externo e fio de sustentação no punho direito. Seguiu recebendo altas doses de morfina, com seguidos rompantes de dor. A quarta cirurgia foi realizada em 12/07, destinada à colocação de haste intramedular na perna direita. No dia 13/07, realizou-se a quinta cirurgia, repetindo o procedimento anterior na perna esquerda. Por conta da necessidade de imobilização das duas pernas, THAINARA, durante o período de internação, precisou submeter-se à sonda, sofrendo, ainda, com insuportáveis dores na região lombar, decorrentes da impossibilidade de mudança de posição na cama. Em inúmeras vezes foi necessária a utilização de fraldas, em que a urina vazava, sendo necessária troca do lençol, algo extremamente humilhante. A alta hospitalar fora programada para o dia 20/07, mas adiada porque THAINARA não evacuava por cerca de 15 (quinze) dias - TODO O PERÍODO DA INTERNAÇÃO -, tornando ainda mais traumáticas as consequências do evento danoso. No mesmo dia 20/07 foi necessária lavagem intestinal, procedimento agravado pela dificuldade de acesso venoso, tendo de ser realizado no centro cirúrgico, com extrema dor, apesar dos anestésicos (sexta cirurgia). Saldo hospitalar: 17 (dezessete) dias de internação, muita dor, constrangimento, 6 (seis) intervenções cirúrgicas e cerca de 20 (vinte) lesões de natureza cicatricial.".

Afirma a autora que após alta hospitalar (prontuário médico de fls. 41/69) necessitou de outra cirurgia e de diversos tratamentos fisioterápicos, dermatológicos e plásticos, formulando pedidos de indenização por danos materiais, morais e estéticos.

A sentença acolheu em parte os pedidos formulados na peça inaugural, rejeitando somente o de indenização por danos estéticos.

O apelo é somente da ré, tendo a autora se conformado com a sentença de procedência parcial e deixado de interpor recurso.

Após a lavratura de termo circunstanciado (fls. 12/13), foi produzida prova pericial e ouvidas testemunhas.

Acesso ao Sumário

De acordo com o laudo de lesão corporal de fl. 15, a autora sofreu lesões corporais de natureza grave, apresentando cicatriz grande no punho direito e nove cicatrizes nas pernas, decorrentes das cirurgias.

A ré prestou declarações perante a autoridade policial narrando que ao chegar ao cruzamento reduziu a velocidade do seu veículo e olhou para os dois lados antes de atravessar, mas que, quando seguia seu trajeto, ouviu um barulho forte vindo da parte traseira do veículo e ao olhar o retrovisor viu movimentação em volta de uma pessoa; desceu e constatou que uma mulher conduzindo uma moto abalroou a lateral esquerda de seu veículo. Relatou que aguardou a chegada do socorro e que depois tentou contato com a vítima, sem sucesso.

A testemunha Sarah Cristina Ribeiro Batista declarou que no momento do acidente almoçava com seu marido Henrique Gonçalves Batista em um restaurante próximo e que viu um veículo de cor preta atravessando a Rua Alexandre Martins, vindo da rua Alfaia Rodrigues. Disse que "*viu o momento em que o veículo atropelou Thainara conduzindo sua motocicleta, lançando-a ao alto e seu corpo caindo no chão de forma muito violenta. A autora sequer chegou a frear para passar no cruzamento, vindo a parar o veículo aproximadamente uns 150 metros adiante em virtude de outros veículos a pararem, caso contrário teria ido embora. Que chegou a pensar que a autora teria ido embora. Que saiu juntamente com seu marido do restaurante para prestar socorro à menina, oportunidade em que pode perceber sérias lesões em seu corpo caído, porém ainda consciente. Que uma outra pessoa chamou o resgate, com este comparecendo após aproximadamente 8 minutos. Que a Polícia Militar chegou antes do resgate, passando a conduzir a ocorrência policial. Que ela aguardou a Polícia Militar chegar ao local, assim como o resgate. Que não pode perceber as reações da autora tendo em vista esta estar longe da vítima. Afirma a declarante que tem uma placa de "PARE" no local, sendo loucura da autora passar da forma que passou*" (fl. 33).

No mesmo sentido o depoimento da testemunha Eduardo Ouriques Júnior (fl. 36).

Também ouvida pela autoridade policial, a autora declarou que a condutora do veículo não respeitou a sinalização de parada obrigatória e avançou, e que ainda tentou, sem sucesso, desviar, mas colidiu com a lateral traseira do veículo (fl. 144).

No termo circunstanciado acima mencionado, processo nº 1530238-27.2019.8.26.0562, houve transação penal na forma do artigo 76, §4º, da Lei nº 9.099/95, tendo sido aplicada à ré pena de prestação pecuniária, integralmente cumprida (fl. 70 daqueles autos, com decreto de extinção da punibilidade).

Na presente ação, a ré apresentou contestação atribuindo exclusivamente à autora a culpa pelo acidente, descrevendo a dinâmica do fato da seguinte forma: "*A Ré dirigia seu veículo (GM/Captiva), com atenção, em velocidade adequada a vida, parou o mesmo, na esquina das ruas Comendador Alfaia Rodrigues (via em que se encontrava o veículo da Ré) e Alexande Martins (via que o veículo cruzou), próximo ao restaurante "Pedra Baiana", no dia 06/07/2020, por volta das 16:30hs. 5.3.- Após se certificar de nenhum veículo se aproximava, a Ré prosseguiu pela Rua Comendador Alfaia Rodrigues, e, já no fim do cruzamento, foi abalroada pela Autora, com sua motocicleta. 5.4.- Veja V.Exa. que a motocicleta colidiu com sua parte frontal, na lateral esquerda traseira do veículo da Ré, 5.5.- A motocicleta atingiu o pneu traseiro, do lado do motorista do veículo, ou seja, a Ré já estava finalizando a travessia, quando a Autora, de maneira negligente e imperita, atravessou a via Comendador Alfaia Rodrigues, em alta velocidade., 5.6.- A Autora transitava com farol apagado e, além disso, estava utilizando-se de seu aparelho celular, ao conduzir a sua motocicleta, pois a Ré pode perceber que ele "voando", logo após ouvir o barulho da colisão*

Acesso ao Sumário

(o poderá ser comprovado, por meio de resposta da operadora de telefonia, o que fica desse já requerido)".

Acostado à contestação está boletim de ocorrência do qual consta a versão da ré acerca do ocorrido - "*TRANSITAVA COM MEU VEÍCULO PELA RUA ALFAIA RODRIGUES QUANDO NO CRUZAMENTO COM A RUA ALEXANDRE MARTINS AO ATRAVESSAR NAO VISUALIZEI A MOTOCICLISTA VINDO PELA RUA ALEXANDRE MARTINS SENTIDO AFONSO PENA E ELA ACABOU COLIDINDO NA PORTA TRASEIRA DO MEU CARRO*" - e também o relato da autora: "*PILOTAVA MINHA MOTOCICLETA PELA RUA ALEXANDRE MARTINS SENTIDO AFONSO PENA, QUANDO NO CRUZAMENTO COM A RUA ALFAIA RODRIGUES UM CARRO NAO PAROU NO CRUZAMENTO E ASSIM ACABEI COLIDINDO NA SUA TRASEIRA*" (fls. 146/159).

A ré opôs reconvenção pleiteando a condenação da autora ao pagamento das despesas decorrentes dos danos havidos em seu veículo (fl. 85).

Em audiência de instrução e julgamento foi colhido o depoimento pessoal da ré, que afirmou que trafegava com velocidade normal, que parou no cruzamento, que não viu nada e nem ninguém, e que atravessou o cruzamento.

Foi ouvida também a testemunha Eduardo Ouriques Júnior, que declarou que estava almoçando no restaurante na esquina, de frente para o cruzamento; ouviu um barulho forte e foi para a rua; viu a moça no chão e um carro preto escuro cruzando a rua vindo da Alfaia Rodrigues. Sabe que a preferencial ali é a Rua Alexandre Martins e há placa de "pare"; notou que a autora estava muito machucada, que a motorista do carro desceu nervosa e pedindo desculpas. Muitas pessoas no local disseram que o carro atravessou a Rua Alexandre Martins e pegou a moto com a roda lateral da frente, quase que levantando a moto.

Sarah Cristina Ribeiro Batista, também testemunha da autora, disse que viu coisas bem rápidas, estava no restaurante de frente para a rua e viu a menina da moto "voando" e um carro preto passando em alta velocidade "pegando ela". A condutora do veículo com certeza não parou para o trânsito da via principal, que era preferencial; que ficou em choque e seu esposo levantou e foi ajudar; ficou sentada na mesa.

Acesso ao Sumário

A testemunha Henrique Gonçalves Batista, esposo da testemunha Sarah, relatou que estava no restaurante, ouviu barulho e se levantou. Viu uma Captiva preta parando mais a frente, falou com a autora, pegou a chave da moto e a arrastou para a esquina; deixou seu telefone com a autora. Não se recorda se tinha placa de parada obrigatória, e hoje tem uma rotatória no local, pelo que sabe a preferencial era a Rua Alexandre Martins. Não sabe se a condutora do veículo falou algo com a autora, e sua esposa disse para ele que viu o veículo passando direto, sem parar antes do cruzamento.

Incensuráveis as conclusões tiradas pelo MM. Juiz de primeiro grau, devendo ser integralmente ratificada a sentença.

O quadro probatório aponta que a conduta da ré consistente em adentrar

o cruzamento sem respeitar a placa de parada obrigatória foi a causa eficiente do acidente.

Ao contrário do que consta das razões de apelação, não estão comprometidas com a verdade as alegações de que a sentença "*estabeleceu uma 'presunção de culpa', em desfavor da apelante*" e de que as declarações das testemunhas são fruto de "*achismo*".

As declarações prestadas em juízo pelas testemunhas Sarah Cristina Ribeiro Batista e Eduardo Ouriques Júnior estão em harmonia com os depoimentos prestados perante a autoridade policial, e delas se extrai a convicção de que a autora trafegava pela via preferencial e de que a apelante adentrou o cruzamento sem a cautela necessária e desrespeitando a placa de parada obrigatória.

Por outro lado, a ré não comprovou a veracidade da alegação de que houve culpa exclusiva da vítima, utilizada como fundamento principal de sua pretensão resistida, em especial o fato de que ela estava ao celular no momento do acidente.

A circunstância de o automóvel dirigido pela apelante ter sido atingido na lateral traseira, a sugerir ter adentrado o cruzamento em momento anterior à moto, não caracteriza a hipótese de culpa da autora e nem exclui a evidência de que a ré não respeitou a sinalização de parada obrigatória.

Acertadas as conclusões tiradas pelo MM. Juiz de primeiro grau, as quais passam a integrar a presente decisão colegiada:

"***ressalto que a conduta da ré é enquadrada pelo Código de Trânsito Brasileiro como infração gravíssima, nos termos do art. 208, ipsis litteris:***

"Art. 208. Avançar o sinal vermelho do semáforo ou o de parada obrigatória, exceto onde houver sinalização que permita a livre conversão à direita prevista no art. 44-A deste Código: Infração - gravíssima; Penalidade - multa."

Assim, era obrigação da requerida que observasse as condições de segurança e atenção recomendáveis, obedecendo a sinalização e evitando expor os demais motoristas a situações inesperadas, tal como a dos autos, o que não fez, configurando, assim, conduta geradora da responsabilidade pela indenização ora pleiteada.

De mais a mais, nada há nos autos a fim de que se posse asseverar que a autora estava em alta velocidade ou falando ao celular, com tenta fazer crer a requerida.

E mesmo que houvesse qualquer indício nos autos de que a autora cooperou minimamente com o resultado, restando incontroverso que a ré desrespeitou a sinalização de trânsito, não há como remi-la da culpa pelo acidente.

Neste esteio, já se manifestaram anteriormente os tribunais: "O condutor de um veículo deve, a todo momento, reger a própria conduta, de modo que ela não constitua perigo para segurança das pessoas e das coisas e tem a obrigação de prevenir as imprudências alheias que pos-

Acesso ao Sumário

sam dar lugar a situações de perigo e que se apresentam como razoavelmente prováveis e previsíveis" (RT 514/385).

Conclui-se que a requerente seguia na via preferencial, Rua Alexandre Martins, nesta comarca de Santos, quando colidiu com o veículo da ré, que não observou a sinalização de "PARE" e cruzou a referida via. Assim, resta configurada a conduta culposa da ré, geradora do acidente, na medida em que, sem as cautelas necessárias e em desobediência às regras de trânsito, desrespeitando o princípio da confiança mútua, bem como o dever de atenção e de cautela, dando ensejo ao acidente".

Assim, configurada a responsabilidade da ré pelo evento, cumpre analisar os pedidos de reforma da sentença com relação à exigibilidade e à quantificação das indenizações a cujo pagamento foi condenada a apelante.

Os danos morais estão caracterizados.

A autora sofreu diversos traumas, passou internações hospitalares, 6 (seis) cirurgias e tratamentos de fisioterapia.

Reconhece-se aqui a hipótese do que a doutrina trata como dano moral puro, cuja comprovação é dispensável em razão da própria situação. Vale dizer, o sentimento pelo quadro de saúde enfrentado pela autora, com as sequelas e cicatrizes dele advindas, não necessita ser comprovado e é inerente ao ser humano.

O valor da indenização por danos morais deve estar, em regra, adequado às condições pessoais, sociais e profissionais do ofendido, às repercussões que o fato ocasionou à sua vida pessoal e ao grau de dor e sofrimento experimentados, e, de outro lado, às condições econômicas e ao grau de intensidade da culpa do ofensor, de modo a que a sanção não seja irrisória a ponto de lhe ser insensível e, ainda, que não sirva de instrumento a desestimulá-lo da prática de novos atos similares, e nem excessiva a ponto de tornar impossível o cumprimento da obrigação.

Desse modo, observando-se a regra do artigo 944 do Código Civil ("*A indenização mede-se pela extensão do dano*"), e obedecido também o princípio da razoabilidade, é caso de manter valor da indenização em R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Acesso ao Sumário

A ré questiona o valor arbitrado na sentença, que acolheu em parte o pedido de indenização por danos materiais, apenas em relação àqueles relacionados no documento de fl. 37, no importe de R$ 3.000,00.

Trata-se de recibo concernente a 25 sessões de fisioterapia, tratamento correspondente às lesões sofridas pela autora.

A genérica insurgência envolvendo o eventual custeio das despesas médicas pelo Sistema Único de Saúde ou por plano particular em nada altera a condenação, considerando que inexiste qualquer lastro legal no sentido de que deva a parte submeter-se a tratamento junto ao SUS ou a convênio médico.

Assim, comprovados os gastos, de rigor a obrigação de ressarcimento.

Rejeita-se também a pretensão recursal na parte em que está voltada a obter o afastamento da sanção pecuniária imposta à ré uma vez que a oposição dos embargos de declaração (fls. 487/488) revela propósito emulativo e protelatório, eis que conforme mencionado pelo juízo de primeiro grau, "*se não houve acerto no posicionamento adotado por este juízo, como é a visão do Embargante, sua correção à evidência não se dá por meio do recurso de que se valeu, por falta dos pressupostos legais do art. 1.022, do Código de Processo Civil. Ademais, os danos materiais e morais foram acolhidos, o que denota sucumbência mínima da autora (86 do CPC). O fato de o valor do dano moral não ter sido acolhido em sua integralidade, ou seja, no valor proposto, não resulta na sucumbência de tal pedido (Sumula 326 STJ). Portanto, como as teses defendidas pelo embargante não se coadunam com o manejo do recurso em apreciação, de sorte que o seu inconformismo visa tão somente a reforma pelo mérito da decisão (...)*" (fls. 489/490).

Por fim, rejeita-se a pretensão recursal na parte em que está voltada a questionar o critério de distribuição dos encargos de sucumbência.

Irrelevante a circunstância de a indenização por danos morais ter sido arbitrada em R$ 20.000,00 (vinte mil reais) e não nos R$ 100.000,00 (cem mil reais) pretendidos pela autora, considerando que a Súmula 326 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que "*Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca*").

A sentença reconheceu a exigibilidade da quantia de R$ 3.000,00 (três mil reais) e observou que "*não há dúvida de que a autora está sujeita a danos materiais futuros com o tratamento pertinente a sua integral recuperação*", que "*não apenas os valores comprovados documentalmente nestes autos serão reembolsados à autora (conforme despesas comprovadas às fls. 37 - R$ 3.000,00), mas também os gastos com tratamento médico e medicamentos futuros, posteriores à propositura da ação*" e que a indenização por danos materiais deverá incluir os "*valores necessários para o fim da convalescença da autora, que deverão ser apurados em futura liquidação de Sentença*".

Desse modo, a rejeição do pedido de indenização por danos estéticos e de condenação da ré ao pagamento das quantias que constam dos documentos de fls. 38/40 não afasta a condenação exclusiva da ré ao pagamento dos encargos de sucumbência, na forma do artigo 86, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

Na forma do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil ("*O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento*"), fica majorada a verba honorária devida pela apelante, de 10% para 15% do valor

da condenação.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003652-35.2020.8.26.0704, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada MARIA SALETE BRAZ (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), são apelados/apelantes HELOISA MARA PAOLI WEXLER, JOSÉ ANTONIO FALVINO e TAIS HELENA PAOLI.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso dos autores, e negaram provimento ao recurso da ré. V.U. Compareceu para sustentar oralmente a Defensora Pública Fernanda Simoni.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7298)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS ABRÃO (Presidente) e THIAGO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 20 de março de 2024.

CÉSAR ZALAF, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DE AMBAS AS PARTES. POSSE INJUSTA CONCEDIDA POR QUEM NÃO TINHA LEGITIMIDADE PARA TANTO. MERA DETENÇÃO QUE NÃO INDUZ POSSE AD USUCAPIONEM. RÉ QUE NÃO SE DESINCUMBIU DE PROVAR A EXISTÊNCIA DE FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DOS AUTORES. ART. 373, II, CPC. INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS QUE TAMPOUCO PROSPERA. RÉ QUE OCUPOU O IMÓVEL DE FORMA GRATUITA, SEM CONTRAPRESTAÇÃO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 1221 DO CC. PRECEDENTES. ADEMAIS, A CIÊNCIA DA RÉ ACERCA DO VÍCIO DA POSSE, PORQUE TRANSFERIDA POR QUEM NÃO TINHA DIREITO DE FAZÊ-LO, AFASTA A ALEGADA BOA-FÉ NA OCUPAÇÃO DO BEM. PERDIMENTO DE EVENTUAIS BENFEITORIAS

Acesso ao Sumário

CABÍVEL À LUZ DO CÓDIGO CIVIL. INDENIZAÇÃO AFASTADA. RECURSO DA RÉ NÃO PROVIDO. APELO DOS AUTORES PROVIDO.

VOTO

Recursos de apelação interpostos contra R. Sentença de fls. 903/913 que julgou parcialmente procedentes os pedidos da Ação de Reintegração de Posse proposta por **HELOISA MARA PAOLI WEXLER E OUTROS** contra **MARIA SALETE BRAZ**, para "*para o fim REINTEGRAR os autores na posse do terreno descrito na exordial, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar após o pagamento pelos autores de indenização pelas benfeitorias realizadas pela ré no local, no valor de R$ 58.600,00 (cinquenta e oito mil e seiscentos reais), corrigido monetariamente desde abril de 2022 e com juros de mora de 1% a partir do trânsito em julgado. Dada a sucumbência recíproca, cada parte arcará com metade das despesas processuais; a parte autora pagará aos patronos da parte ré honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil; a parte ré pagará aos patronos da parte autora honorários advocatícios, que fixo em R$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do artigo 85, § 8º, do mesmo diploma legal, observada a gratuidade da justiça. P.R.I.*."

Recorre a ré (fls. 943/956). Preliminarmente, requer o reconhecimento da conexão e reunião desta ação com a de usucapião. No mérito, pretende o reconhecimento da usucapião urbano. Aduz que o valor da indenização pelas benfeitorias deve ser majorado. Busca a reforma da sentença.

Inconformados, recorrem os autores (fls. 962/976). Sustentam que a posse viciada da autora não autoriza o pagamento de indenização pelas benfeitorias. Alternativamente, alegam que o valor da indenização deve ser reduzido. Pleiteiam a reforma da sentença.

Recursos tempestivos, regularmente processados. Contrarrazões pelo improvimento (fls. 979/998 e 1.006/1.012).

É o relatório.

Não há questões que impeçam o conhecimento dos recursos, que, quanto aos seus objetos, merece ser provido o recurso dos autores e não provido o da ré.

Trata-se de ação por meio da qual pretendem os autores a reintegração na posse do bem imóvel indicado na peça inicial, alegando que são herdeiros proprietários bem como que "*...o imóvel passou a ser administrado pela viúva-meeira Eulogia Falvino, também já falecida, que firmou com o Sr. Sérgio Ferreira dos Santos, em 23 de outubro de 1990, um contrato de locação para fins comerciais, que as locações foram celebradas pelo prazo de 12 meses, com vigência a partir de 1º de novembro de 1990 e término em 31 de outubro de 1991, convertendo-se, posteriormente, em locação por prazo indeterminado,*

Acesso ao Sumário

que após o trâmite do inventário dos bens deixados em razão do falecimento de Antonio Falvino, o imóvel foi partilhado aos herdeiros Elza Caetana Paoli e José Antônio Falvino, conforme plano de partilha devidamente homologado em dezembro de 1990, que com o falecimento da Srª Elza, passaram à condição de locadores, além do Sr. José Antônio Falvino, as herdeiras Tais Helena Paoli e Heloisa Mara Paoli Wexler, mas que, não possuindo os atuais locadores mais interesse na continuidade da locação, promoveram ação de despejo com cobrança de aluguéis em face de Sérgio Ferreira dos Santos São Paulo - ME, Sérgio Ferreira dos Santos e Ana Maria Baños, que então o imóvel passou a ser utilizado por seu irmão Sr. Getúlio Ferreira dos Santos, sendo que então, diante deste foi interposta ação de despejo por falta de pagamento, a qual foi sentenciada homologando o quanto acordado em audiência de conciliação, instrução e julgamento, na qual compareceu a ré alegando que o Sr. Getúlio a deixava morar em parte do imóvel, sem a ciência ou anuência dos autores. Sustentam que, pela ré não fazer parte da relação processual, ficou consignado que seria desocupada apenas a parte da área do imóvel ocupada pelo Sr. Getúlio e que a parte da área ocupada pela ré nesta ação seria objeto de ação própria, se assim fosse necessário, e que apesar dos autores reivindicarem a posse do bem, a ré ainda permanece ocupando o imóvel, que não é de sua propriedade. Requerem a expedição de mandado liminar de reintegração de posse, determinando que a ré desocupe o imóvel em 15 dias, e ao final a procedência da demanda, confirmando-se a liminar e reintegrando os autores na posse do imóvel."

Após instrução processual, o douto Magistrado entendeu pela parcial procedência da demanda, autorizando a reintegração de posse do imóvel aos autores, contudo, estes deverão indenizar a ré pelas benfeitorias implementadas.

O posicionamento adotado deve ser parcialmente alterado. Explico.

Em primeiro lugar, afasto a conexão e reunião da presente ação com aquela que pretende o reconhecimento da usucapião em favor da ré (nº (1003896-30.2020.8.26.0100), seja porque discutem questões de natureza diversa (posse e aquisição de propriedade) com causa de pedir distintas, seja porque este feito já se encontra sentenciado (art. 55, §1º, do CPC).

No mérito, melhor sorte não assiste à ré.

Isso porque a sua alegada posse foi, na verdade, mero ato de permissão dos locatários originais. Destaque-se que no contrato de locação, a posse exercida pelos locatários é precária e, portanto, não convalesce.

Confira-se a lição de Maria Helena Diniz sobre o tema:

"*Os atos de mera permissão ou tolerância não induzem posse por serem decorrentes de um consentimento expresso ou de concessão do dono, sendo revogáveis pelo concedente. Ante a precariedade da concessão não há que se falar em posse.*" (Código Civil Anotado, 12ª edição revista e atualizada, Saraiva, p. 948).

Acesso ao Sumário

Nesse sentido:

"*Reintegração de posse. Sentença de procedência. Apelação. Ré que residia no imóvel em decorrência de relacionamento com anterior locatário do bem. Mera detenção. Posse precária. Notificação extrajudicial para desocupar o imóvel. Inércia da requerida. Esbulho configurado. Inteligência do artigo 561 do Código de Processo Civil. Requisitos preenchidos. Sentença mantida. Honorários majorados. Recurso desprovido.*" (TJSP; Apelação Cível 1004249-51.2017.8.26.0302; Relator (a): Virgilio de Oliveira Junior; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jaú - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/04/2019; Data de Registro: 09/04/2019)

Assim, irretocável a sentença nessa parte, a qual peço vênia para transcrever o seguinte trecho:

"*Assim, o que se tem é que a permanência da ré no imóvel se deu unicamente por simples tolerância dos locatários que se sucederam ao longo dos anos, cabendo a ré, em troca, prestar os serviços de vigilância do local, conforme apontou a testemunha Sra. Rosana.*

Nesta quadra, o artigo 1.208 do Código Civil dispõe que: "Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade."

Cumpre anotar que a ausência de vínculo formal empregatício, ao contrário do que tenta se fazer na peça de defesa, não desprestigia essa constatação, uma vez que na espécie se afigura plenamente possível à ré manter outras relações de trabalho e ao mesmo tempo tomar conta do imóvel, desempenhando função comumente denominada de "caseiro", mormente porque se trata de área alugada somente para depósito, sem necessidade a meu ver de excessivos cuidados.

O fato da casa se encontrar vazia não significa que estava abandonada, até porque a presunção de desocupação da moradia não torna justa a ocupação perpetrada pela requerida que adentrou ao local tão somente em razão de ato permissivo do locatário. (...)

Outrossim, ainda que a ocupação seja longeva por ter se iniciado há aproximados 30 anos - há que se pontuar que o decurso do tempo não faz convalescer a precariedade da ocupação nem confere aos ocupantes direito à permanência no bem."

Enfim, a mera detenção do imóvel por parte da ré não induz a chamada posse *ad usucapionem*, sendo descabida a alegação de que faz jus à aquisição do imóvel pelo decurso do tempo de ocupação do bem (usucapião).

Sobre o tema:

"*REIVINDICATÓRIA - Imóvel que possui parte comercial e parte re-*

Acesso ao Sumário

sidencial (fundos) - Locação da parte comercial a terceiro e da parte residencial à ré (há mais de vinte anos) - Imóvel retomado do terceiro - Ré que se recusa a sair e alega usucapião - Explica que a autora teria "se esquecido" da locação residencial e que há muito tempo não paga aluguel - Procedência da demanda - Insurgência da requerida - Alegação de que no período em que permaneceu no imóvel residencial houve alteração da natureza da posse, o que autoriza a declaração de usucapião do bem - Descabimento - Posse precária que não convalesce - RECURSO IMPROVIDO." (TJSP; Apelação Cível 1006932-40.2020.8.26.0566; Relator (a): Miguel Brandi; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Carlos - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/04/2021; Data de Registro: 08/04/2021)

"*Apelação. Reintegração de posse. Autora que comprovou o exercício de sua posse e o esbulho praticado pelo réu. Atos de mera permissão ou tolerância do antigo locatário que não induzem posse. Inteligência do artigo 1.208 do Código Civil. Réu que não comprovou suas alegações, nos moldes do inciso II do art. 333 do CPC. Condenação ao pagamento de alugueres da data da caracterização do esbulho até a efetiva desocupação. Determinação que visa afastar enriquecimento ilícito pelo uso irregular do imóvel. Cabimento. Sentença de procedência mantida. Recurso desprovido.*" (TJSP; Apelação Cível 1071654-02.2015.8.26.0100; Relator (a): Pedro Kodama; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/03/2016; Data de Registro: 01/03/2016)

"*AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. Sentença de improcedência, sob o fundamento de inexistir comprovação do decurso do prazo prescritivo. Apela a autora sustentando que exercia a posse há mais de 15 anos, quando do ajuizamento da ação. Descabimento. Ausente posse com "animus domini" pelo prazo de 15 anos, suscitado com lastro no art. 1.238 do CC. Em 2013 parte do imóvel foi locado pelo cessionário, já falecido e representado na lide pelos sucessores. Autora subscreveu o contrato como testemunha. Conduta pela qual se reconhece em favor de outrem a propriedade é incompatível com o "animus domini". A posse precária não convalesce, por isso, não permite a consumação da prescrição aquisitiva. Recurso improvido.*" (TJSP; Apelação Cível 1007089-92.2016.8.26.0003; Relator (a): James Siano; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 1ª Vara de Registros Públicos; Data do Julgamento: 11/09/2023; Data de Registro: 11/09/2023)

Acesso ao Sumário

Destarte, a ré não logrou provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos autores, nos termos do art. 373, II, do CPC, já que, embora tenha alegado, não demonstrou a regularidade da sua posse.

A pretensão do pagamento de indenização pelas benfeitorias tampouco prospera.

Ocorre que nesse período em que o Ré ficou em posse do imóvel não forneceu nenhuma contraprestação para os Autores, ou seja, morou gratuitamente no local, por mais de 25 anos, de modo que deve ser determinada a perda do valor das alegadas benfeitorias realizadas no local.

Para tanto, aplica-se analogicamente o artigo 1221 do Código Civil: "*Art. 1.221. As benfeitorias compensam-se com os danos, e só obrigam ao ressarcimento se ao tempo da evicção ainda existirem.*"

Nesta intelecção já se pronunciou o C. STJ, explicando acerca do termo "dano" do dispositivo acima, *mutatis mutandi*:

> *"O pagamento da verba consubstancia simples retribuição pelo usufruto do imóvel durante determinado interregno temporal, rubrica que não se relaciona diretamente com danos decorrentes do rompimento da avença, mas com a utilização de bem alheio [de forma que] se mostra desimportante indagar quem deu causa à rescisão do contrato, se o suporte jurídico da condenação é a vedação do enriquecimento sem causa" (REsp 955.134/SC, Quarta Turma, DJe 29/08/2012, sem destaque no original). Na mesma linha, essa e. Terceira Turma acrescenta que "o pagamento de aluguéis não envolve discussão acerca da licitude ou ilicitude da conduta do ocupante porquanto o* ***ressarcimento é devido por força da determinação legal segundo a qual a ninguém é dado enriquecer sem causa à custa de outrem, usufruindo de bem alheio sem contraprestação****" (REsp 1613613/RJ, Terceira Turma, DJe 18/06/2018), como bem salientou a ministra Nancy Andrighi, no REsp 1854120.*

E na mesma linha de raciocínio, já se decidiu este E. Tribunal, *mutatis mutandi*:

> "*AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE - (...) - Considerando o longo período de ocupação irregular do imóvel, é caso de se decretar,* ***também, o perdimento de eventuais benfeitorias que foram realizadas no imóvel, a título de indenização à requerente****. Sentença mantida. Recurso improvido.*" (TJSP; Apelação Cível 1003856-23.2020.8.26.0270; Relator (a): Fernando Marcondes; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itapeva - 2ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 31/01/2023; Data de Registro: 01/02/2023)

Portanto, ainda que a ré tivesse direito ao ressarcimento das benfeitorias, estaria vedado o enriquecimento ilícito (artigo 884 do CC), pois a ninguém é dado usufruir de bem alheio sem a devida contraprestação. Ou seja, durante o período em que a ré ficou morando no imóvel dos Autores, também deveria lhe pagar aluguel, restando justa a devida compensação, ora reconhecida.

Acesso ao Sumário

E ainda que assim não fosse, a própria ré afirma em sua contestação que "*Nesse período, 1994, quando a Requerida deixou de ser inquilina da testemunha Sílvio,* ***o Sr. Sérgio comentava que ninguém nunca havia reivindicado o imóvel para si na qualidade de proprietário.***", ora, se aquele que lhe concedeu o espaço para moradia (Sérgio Ferreira) afirmou que ninguém nunca havia reivindicado a propriedade do imóvel, por óbvio deduz-se que também estava dizendo que não lhe pertencia e, se assim lhe foi dito, conforme a própria ré confirma, esta sabia que o imóvel tampouco pertencia a Sérgio, ainda mais porque pouco tempo depois, este o desocupou e não mais retornou, vindo a ser ocupado por seu irmão.

Considerando que a demandada recorrente tinha ciência do vício de sua posse, porque transferida por quem não tinha direito de fazê-lo, implicando na ilegitimidade da ocupação e na ausência de boa-fé, deve incidir, ainda, o disposto no artigo 1.255, do Código Civil, *in verbis*:

> "*Art. 1.255. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização.*"

No que tange ao local ao imóvel, como bem reconhecido pela r. sentença, "*a própria edificação de um muro perpetrada ré, conforme relatado em contestação, evidencia que não se tratava de área distinta, comprovando-se a inexistência de delimitação física entre as áreas ocupadas quando do ingresso.*"

Por tais razões, deve ser parcialmente reformada a r. sentença, a fim de julgar procedentes os pedidos autorais, determinando-se a reintegração de posse do imóvel objeto da ação em favor dos autores, afastando-se a condenação ao pagamento de indenização à ré pelas benfeitorias.

Por outro lado, observo que a requerida é pessoa idosa, aposentada, e considerando que esteve na posse do bem, ainda que precária, por aproximadamente três décadas, o prazo para desocupação voluntária do imóvel deve ser ampliado.

Assim, considerando o poder-dever de direção do processo previsto no artigo 139, do CPC, que, dentre outros, impõe ao magistrado o dever de: "*assegurar às partes igualdade de tratamento (I)*" e "*dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito (VI)*", determino que o prazo para desocupação voluntária seja de 120 dias, a contar do trânsito em julgado, de sorte a que seja assegurado à demandada e demais ocupantes, prazo digno e razoável para que encontrem nova moradia.

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.

Acesso ao Sumário

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[1] no sentido de que "*tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais bastando que a questão posta tenha sido decidida*".

Pelo exposto, nego provimento ao recurso da ré e dou provimento ao recurso dos autores.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1016241-10.2021.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante CRISTINA BARBOSA LEMES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado EDP SÃO PAULO DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7703/2024 (cea))**

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

São Paulo, 1º de abril de 2024.

LUÍS ROBERTO REUTER TORRO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Fornecimento de energia elétrica. Ação declaratória de inexistência de débito cumulado com obrigação de fazer. Sentença parcialmente procedente. Irresignação da consumidora. Alegação de que a cobrança é superior à que corresponde ao consumo real de energia elétrica. Rejeição. Perícia judicial que constatou a inexistência de irregularidade no relógio medidor. Pico de consumo que pode ser derivado de circunstâncias que elevam o consumo real, como um maior numero de eletrodomésticos. Conclusão judicial de regularidade da cobrança escorada na prova dos autos. Parcelamento do débito. Ausência de fundamento legal para obrigar a fornecedora credora a receber de modo diverso do ajustado entre as partes . Inclusão ao benefício da tarifa social. Requisitos

Acesso ao Sumário

1 ED em RMS nº 18205-SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 18.04.2006

para concessão do benefício observados. Renda familiar inferior ao teto. Aplicação da Lei nº 14.203/2021 que determina inclusão automática do beneficiário. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Recurso de Apelação interposto por CRISTINA BARBOSA LEMES, na ação declaratória de inexistência de débito cumulado com obrigação de fazer movida em face de EDP SÃO PAULO DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA S.A., contra a r. sentença de fls. 369/372, que julgou parcialmente procedente os pedidos, tornando definitivo, em parte, o comando da decisão de fls. 102, apenas para determinar que a ré se abstenha de interromper o fornecimento de energia elétrica, se relacionado ao inadimplemento das dívidas decorrentes das faturas emitidas entre junho de 2016 e maio de 2021. Ainda, considerando a sucumbência mínima da ré, condenou a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários devidos aos advogados da ré, fixados em vinte por cento do valor da causa (v. fls. 16), quantia suficiente para remunerar, de forma condigna, os serviços prestados pelos profissionais, observadas as regras pertinentes à gratuidade processual.

Inconformada, a autora interpõe o Recurso de Apelação (fls. 382/392), para que seja reformada, a r. sentença, aduzindo em síntese, que a perícia apontou que a média cobrada está acima do consumo real da autora. Assevera que o débito foi imputado à parte apelada de maneira unilateral e que na elaboração do cálculo não houve observância do efetivo consumo da parte apelada, e nem de sua média anterior e posterior ao débito contestado. Aduz que a cobrança é abusiva pois fere o direito básico do consumidor de receber todas as informações acerca do serviço prestado. Argumenta que o débito apurado e apresentado pela recorrida é muito destoante da media de consumo da recorrida apresentando valor muito acima do que se costumava pagar. Requer o recálculo da dívida existente entre junho/2016 e maio/2021, além dos vincendos no curso da demanda, com base no real consumo da autora. Enfatiza que faz jus ao benefício da tarifa social em sua fatura de energia elétrica, por se tratar de família de baixa renda, inferior a um salário mínimo, está inscrita no cadastro único para programas sociais do Governo Federal (CadÚnico), não sendo necessário o prévio requerimento administrativo em face da EDP São Paulo. Afirma ainda, a possibilidade de parcelamento de débitos referentes ao consumo de energia elétrica, com base no princípio da equidade. Pugna pela reforma da r. sentença.

Recurso tempestivo, isento de preparo recursal, tendo em vista que o apelante é beneficiário da justiça gratuita.

Contrarrazões às fls. 405/415.

Acesso ao Sumário

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos da Resolução de nº 772/2017 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo.

O recurso está formalmente em ordem.

É o relatório do necessário.

O recurso comporta parcial provimento.

A hipótese versa alegação de cobrança de consumo de energia elétrica em valor superior ao que seria pago de acordo com o consumo real.

Realizada perícia judicial, conclui o Sr. *Expert* que o medidor de energia não possuía irregularidades.

É cediço que o consumo de energia elétrica de uma residência está sujeito a mudanças de padrão, decorrentes dos mais variados motivos, como o aumento do número de residentes, reforma que amplia o tamanho da construção e a acomodação de mais utensílios elétricos, instalação de equipamentos que consomem muita energia etc.

Assim, em inexistindo defeito no relógio medidor, resta a conclusão de que o aumento de consumo é real e, consequentemente, deve a apelante responder pela correspondente cobrança realizada pela apelada.

Como corolário lógico, restam improcedentes os demais requerimentos e teses recursais incompatíveis com a conclusão de regularidade da leitura de consumo de energia elétrica realizada pela apelada.

Quanto ao parcelamento do débito, a sentença vergastada bem destacou que não há fundamento legal para obrigar o credor a receber de modo diverso do pactuado inicialmente.

Sobre a tarifa social, a parte autora logrou em comprovar que faz jus ao benefício da tarifa social através da documentação acostada nos autos somadas às informações contidas na petição inicial, com destaque ao comprovante de cadastro relativo ao CADÚnico (fls. 26/27), sendo este o principal requisito para concessão do benefício da tarifa social, capaz de atestar que a renda familiar per capta é inferior a meio salário-mínimo.

Outrossim, conforme dispõe a Lei nº 14.203/2021, a inclusão do beneficiário da tarifa social é automática, dependendo apenas do cumprimento dos requisitos que são comprovados através do CADÚnico, ou seja, é dever da concessionária providenciar sua concessão, visto que a autora já se encontra devidamente cadastrada desde 19/08/2019.

"In casu", observa-se que, na verdade, a ré cria empecilhos à autora, pois nos termos da Lei nº 12.202/2010 com posterior atualização dada pela Lei 14.203/2021, a tarifa social não deve ser condicionada ao processo administrativo, vez que é automática, para aqueles que cumprem os requisitos legais:

> "*Art. 4º O Poder Executivo, as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços e instalações de distribuição de energia elétrica deverão informar a todas as famílias inscritas no CadÚnico que atendam*

Acesso ao Sumário

às condições estabelecidas nos incisos I ou II do art. 2o desta Lei o seu direito à Tarifa Social de Energia Elétrica, nos termos do regulamento. Parágrafo único. O Poder Executivo e as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica deverão compatibilizar e atualizar a relação de cadastrados que atendam aos critérios fixados no art. 2º desta Lei e inscrevê-los automaticamente como beneficiários da Tarifa Social de Energia Elétrica.

Nesse sentido ainda, a jurisprudência dessa C. Corte:

"PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER ***CONCESSÃO DA TARIFA SOCIAL USUÁRIA QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS*** *PROCEDÊNCIA EM PARTE DA AÇÃO RECURSO PROVIDO EM PARTE.* ***Atendendo a recorrente o requisito legal relativo ao consumo médio mensal para fazer jus à redução da tarifa de energia elétrica, porquanto comprovado que sua família possui renda inferior ao teto estabelecido para a concessão da benesse, impõe-se a condenação da ré em implantar o benefício.*** *(TJSP; Apelação Cível nº 1013756-06.2022.8.26.0320; Relator (a): Paulo Ayrosa; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Comarca de Limeira - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/07/2023; Data de Registro: 05/07/2023) - destaquei*

"OBRIGAÇÃO DE FAZER. Serviços de fornecimento de água e coleta de esgoto. Recurso da Apelante-requerida. Consumidora em situação de miserabilidade. ***Requisitos para concessão dos benefícios da tarifa social*** *no fornecimento de água e esgoto configurados. Sentença mantida. Recurso da Apelante-autora. Manutenção do fornecimento de água. Ausência de interesse recursal. Restabelecimento do fornecimento de água ocorrido antes mesmo da concessão da liminar em primeiro grau e sentença que determinou a inclusão da autora na tarifa social.* ***Sentença que julgou parcialmente procedente o pedido e determinou a inclusão da residência da Autora na tarifa social, mantida em grau recursal****. Recurso não conhecido. Recurso da Apelante-requerida não provido. Recurso da Apelante-autora não conhecido. (TJSP; Apelação Cível nº 1008085-07.2019.8.26.0320; Relator (a): Tasso Duarte De Melo; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Comarca de Limeira - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/08/2023; Data de Registro: 18/08/2023) - destaquei*

Assim, acolhe-se o pedido formulado na inicial, condenando a apelada a incluir a apelante ao rol de beneficiários da tarifa social, retroagindo desde a vigência da Lei 14.203/2.021, quando o cadastramento da família do CADÚnico passou a bastar para a que a concessão da tarifa social seja automática.

Nessa toada, portanto, a sentença deve ser reformada naquilo que tange à

inclusão da autora como beneficiária da tarifa social.

Por fim, não incide na espécie a majoração dos honorários advocatícios recursais na forma do art. 85, § 11, do CPC, que pressupõe, dentre outros requisitos, a anterior condenação em honorários pela parte apelante e o não conhecimento integral ou o improvimento de seu recurso pelo Relator, monocraticamente, ou pelo órgão colegiado competente (STJ, REsp nº 1.573.573- RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 04/04/2017).

De forma a evitar a oposição de embargos de declaração destinados meramente ao prequestionamento e de modo a viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria constitucional e infraconstitucional suscitada nos autos, uma vez que apreciadas as questões relacionadas à controvérsia por este Colegiado, ainda que não tenha ocorrido a individualização de cada um dos argumentos ou dispositivos legais invocados, cenário ademais incapaz de negativamente influir na conclusão adotada.

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 a imposição da multa prevista no artigo 1026, §2º, do Código de Processo Civil, dispõe que:

> "*Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso.*
> *§ 2º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa*".

Diante do exposto, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1012748-40.2020.8.26.0004, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BRUNO DANIEL DA SILVA MIGUEL (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado IZENILDO BISPO DA SILVA (REVEL).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª 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 56358)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOURÃO NETO (Presidente) e FLAVIO ABRAMOVICI.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 3 de abril de 2024.
MELO BUENO, Relator

Ementa: ACIDENTE DE TRÂNSITO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Revelia - Presunção de veracidade - Colisão traseira - Presunção de culpa do condutor do veículo que vem atrás não infirmada - Indenizações devidas - Ação improcedente - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Apelação interposta contra a r. sentença de fls. 132/135, que julgou improcedente ação de indenização por danos materiais e morais, fundada em acidente de trânsito. O apelante sustenta, em síntese, cerceamento de defesa; acidente visto por várias pessoas, que se dispuseram a testemunhar; revelia; culpa exclusiva do apelado (fls. 138/146)

O recurso foi processado, é tempestivo e isento de preparo por ser o apelante beneficiário da justiça gratuita (fls. 98), sem resposta.

É o relatório.

De início, não se verifica o alegado cerceamento de defesa, ante a suficiência do conjunto probatório à conclusão do julgado, cabendo ao juiz indeferir as diligências inúteis, protelatórias e irrelevantes à solução da demanda (artigo 370 do CPC), afigurando-se imprestável a produção de prova testemunhal.

A presente ação foi proposta visando à indenização por danos materiais de R$25.200,00, sendo R$10.217,00 a título de danos emergentes e, o restante, por lucros cessantes, e por danos morais de R$50.400,00, tendo em vista o acidente de trânsito ocorrido aos 25/06/2020, de responsabilidade do apelado. Pois, ao tentar ultrapassar o apelante e terceiro, colidiu na traseira da motocicleta do apelante, arremessando-o para a via pública. Além de ter sofrido ferimentos, a motocicleta era instrumento de trabalho do apelante, que realizava entregas. À causa foi atribuído o montante de R$75.600,00.

Regularmente citado por oficial de justiça (fls. 114), deixou o apelado de apresentar contestação, conforme certidão de fls. 116, o que motivou o decreto de revelia.

De acordo com a r. sentença recorrida, a demanda foi julgada improcedente, condenando o apelante ao pagamento das custas e despesas processuais.

Malgrado a ausência de apresentação tempestiva da contestação, a presunção de veracidade dos fatos deduzidos pela apelante é relativa e não induz à automática procedência dos pedidos. Pois, a conclusão do julgado se dá pelo exame do conjunto probatório, diante do princípio do livre convencimento do juiz, sendo possível a produção de provas necessárias ao deslinde da controvér-

Acesso ao Sumário

sia.

Contudo, na espécie, não está presente nenhuma das causas aptas a afastar a presunção de veracidade das alegações do apelante, nos termos do art. 345 do CPC: **"A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis; 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"**.

Assim, presume-se verdadeira a alegação de que se tratou de colisão traseira. E, compete ao condutor do veículo que vem atrás tomar todas as cautelas necessárias, observando com extrema atenção o tráfego que segue à frente, mantendo a distância segura e velocidade adequada ao trânsito local, a fim de evitar a colisão. Assim, presume-se a culpa do condutor do veículo que segue atrás, cabendo-lhe provar que agiu com a devida prudência, o que não ocorreu na espécie, sendo de rigor a procedência da ação.

A propósito do tema, confiram-se precedentes desta c. Câmara:

"RESPONSABILIDADE CIVIL. Acidente de trânsito entre ônibus e carro de passeio. Colisão traseira. Presunção de culpa reforçada pelo conjunto probatório dos autos. Responsabilidade solidária e objetiva do proprietário do veículo pelo fato da coisa. Jurisprudência do STJ. Sentença mantida. Recurso não provido"[1].

E, mais:

"RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - DANOS MORAIS - Presunção de culpa do condutor do veículo que colide contra a parte traseira de veículo que lhe antecede - Autor não infirmou aquela presunção, ônus que lhe incumbia (nos termos do artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil) - Ausente o dever de indenizar - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - RECURSO DO AUTOR IMPROVIDO"[2].

Quanto aos valores requeridos a título de indenização por danos materiais (R$25.200,00), diante da ausência de impugnação específica, reputam-se verdadeiros, sendo devidos nos termos da inicial, destacando-se que R$10.217,00 se referem ao valor da motocicleta que foi danificada no acidente, e o restante, R$14.983,00, ao quanto o apelante deixou de ganhar como entregador por ter ficado sem a motocicleta durante doze meses (fls. 9).

Os danos morais são manifestos. Pois, decorrem da situação de vulnerabilidade e da sensação de impotência, bastantes a invadir a esfera extrapatrimonial, gerando danos passíveis de reparação. Forçoso reconhecer que a situação relatada ultrapassa o mero dissabor que integra os problemas do cotidiano, nota-

1 Ap 1060006-15.2021.8.26.0100, Rel. Des. GILSON DELGADO MIRANDA, j. 31/01/2024.
2 Ap 1000144-09.2017.8.26.0568, Rel. Des. FLAVIO ABRAMOVICI, j. 31/01/2024.

damente pelo fato de que o apelante foi internado no Hospital de Tápias **'Katia de Souza Rodrigues'** em razão do forte impacto físico causado pelo acidente (fls. 50), fraturando a tíbia (fls. 61), e tendo que ficar 15 dias afastado do segundo trabalho que exercia, como lavador na **'FVB Manutenção de Veículos EIRELI ME'** (fls. 26 e 60).

E, os danos morais devem ser estimados levando-se em consideração a proporcionalidade e razoabilidade, a sua extensão, além do caráter preventivo. Assim, afigura-se criteriosa a fixação da indenização em R$10.000,00 (dez mil reais), de modo a reparar os prejuízos suportados pelo apelante, sem acarretar enriquecimento ilícito, incidindo correção monetária desde esta data, nos termos da Súmula nº 362 do e. STJ, e os juros de mora de 1% ao mês a partir do evento danoso, conforme a Súmula nº 54 do e. STJ.

Deste modo, a r. sentença recorrida comporta modificação para julgar parcialmente procedente a presente demanda, condenando o apelado ao pagamento de indenização por danos materiais de R$25.200,00 (vinte cinco mil e duzentos reais), com correção monetária desde o evento danoso, e por danos morais de R$10.000,00 (dez mil reais), com correção monetária desta data, ambas acrescidas de juros de mora de 1% ao mês a partir do evento danoso, nos moldes acima consignados. E, invertida a sucumbência, responderá o apelado pelas custas, despesas processuais, e honorários advocatícios de 10% sobre o valor atualizado da condenação.

Ante o exposto, **dou parcial provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007417-78.2023.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que são apelantes MERCADOLIVRE.COM ATIVIDADES DE INTERNET LTDA. e MERCADO PAGO INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA., é apelado HIGHT COMÉRCIO E VAREJO LTDA. ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.164)**

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

São Paulo, 3 de abril de 2024.

ARANTES THEODORO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação cominatória com pleito cumulado de

indenização por danos morais. Comercialização de produtos por meio da plataforma Mercado Livre. Conta bloqueada sob a alegação de irregularidades. Danos morais não configurados ante a inocorrência de ofensa à honra objetiva, já que não houve pública informação sobre a suspensão da conta. Apelação provida.

VOTO

Sentença cujo relatório se adota julgou procedente ação proposta por vendedora de produtos oferecidos por meio de "site" de compras com o fim de compelir as demandadas a restabelecerem sua conta nas plataformas de venda e de carteira digital, assim como indenizar danos morais.

As rés apelam e pedem seja cassada a indenização por danos morais ou reduzido o valor dessa paga.

Para tanto as recorrentes asseveram que conquanto seja possível que a pessoa jurídica sofra danos morais em tal caso é necessário que haja a comprovação de abalo à honra objetiva daquele ente, o que em concreto não ocorreu.

A isso a apelante acrescenta que salvo situações anormais o inadimplemento do contrato não justifica a percepção daquela sorte de verba e que no caso concreto a recorrente agiu em exercício regular de direito ao suspender a conta da autora, o que impõe cassar a indenização por danos morais que, aliás, foi arbitrada em valor desarrazoado, comportando subsidiariamente redução.

Recurso regularmente processado e respondido.

É o relatório.

De pronto se registra que o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal assegura aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa pelo uso dos meios e recursos necessários a esse fim, exigência que por analogia se aplica a casos como dos autos.

No entanto, o fato é que o dispositivo constitucional não impede que se adote medida acautelatória sem prévia oitiva do interessado quando a situação concreta assim recomendar, desde que se cuide de medida reversível e a ele se assegure oportuna defesa.

A situação, aliás, é corrente no campo judicial, seja na esfera civil seja na seara da persecução criminal, inexistindo no direito positivo - nisso incluída a Lei 8.078/90 - vedação a que se adote esse mecanismo no campo extraprocessual.

Ofensa ao contraditório e à ampla defesa não há, nestes casos, porque como registram Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci nos provimentos outorgados *inaudita altera pars* há o que a doutrina denomina de "*contradditorio posticipado*" ou "differito", sendo que "nessas hipóteses a garantia

Acesso ao Sumário

da audiência bilateral não se delineia violada, mas, por certo, tão-só dilargada para um momento sucessivo à formação do provimento judicial liminar" (Constituição de 1.988 e Processo, Saraiva, ed. 1.989, p.68).

No caso das plataformas de venda online, em particular, é evidente a necessidade de se conferir ao administrador a possibilidade de suspender de imediato conta que esteja sendo utilizada sem atenção aos termos do serviço, desde que resguarde oportuno direito de defesa, isso sem prejuízo de depois responder por eventuais danos caso a suspensão se mostre indevida.

Tal medida se justifica, em especial, quando ocorre veiculação de conteúdo proibido ou desvirtuamento da plataforma.

Pois exatamente essa era a previsão contida nos Termos de Uso aos quais a autora aderiu, estando as demandadas nesses casos a agir, destarte, no exercício regular de direito (artigo 188 inciso I do Código Civil).

O fato objetivo, contudo, é as rés não deram prova de que a suspensão da conta da autora fora legítima, isto é, não se desincumbiram do ônus de demonstrar que houve violação aos Termos de Uso de modo a justificar a suspensão da conta por possuir a autora vínculo com outra conta anteriormente inabilitada por irregularidades conforme narrado na peça de defesa.

Quanto a tal ponto, pertinente a seguinte passagem da sentença:

"*A autora alega que houve bloqueio injustificado de sua conta, o que lhe causou danos de ordem material e moral.*

As rés, em contrapartida, defendem a regularidade de suas condutas, sob o argumento de que a requerente possui vínculo com outra conta inabilitada por irregularidades na plataforma, conduta expressamente proibida.

Pese as alegações das requeridas, não há prova alguma nos autos de que a autora tenha violado os termos e condições gerais de uso da plataforma.

Os documentos de fls. 300/303, que indicariam supostas denúncias de compradores, não se prestam à comprovação das alegadas irregularidades praticadas pela empresa demandante.

Assim, não comprovada qualquer prática suspeita, enganosa ou fraudulenta pela autora, é evidente que o bloqueio de sua conta ocorreu de forma ilícita, impondo-se, consequentemente, o restabelecimento da conta da requerente nas exatas condições em que se encontrava antes da suspensão."

No entanto, nem por isso se mostrava aqui devida indenização por danos morais.

Segundo a convicção geral danos daquela ordem situam-se no plano dos direitos da personalidade.

Assim ocorre, portanto, quando a conduta do réu gera ofensa à vida, saúde, integridade física ou psíquica, assim como ao conceito social ou à honra subjetiva.

No caso de pessoa jurídica, no entanto, dano moral só pode ser reconhe-

Acesso ao Sumário

cido em havendo ofensa à honra objetiva, isto é, no caso de sua imagem perante o público ter sido maculada por efeito de ato do réu.

Aqui não ocorreu dano daquela ordem, já que conforme informaram as rés a suspensão de usuário de sua plataforma não é divulgada publicamente e, de fato, a autora não revelou ter havido pública informação de que sua conta fora suspensa.

Aliás, o item 7 dos "Termos e condições gerais de uso do site" confirmava que não haveria mesmo informação ao público sobre exclusão ou suspensão do usuário.

Assim se vê:

"*Caso a Pessoa Usuária viole uma lei ou os Termos e Condições, poderemos avisar, suspender, restringir ou desativar temporariamente ou definitivamente sua conta, sem prejuízo de outras sanções que se estabeleçam nas regras de uso particulares dos serviços do Mercado Livre.*" (fls. 173).

Em suma, a sentença comporta parcial reforma, isto é, para cassar a indenização por danos morais.

Reputa-se configurado o recíproco decaimento, motivo pelo qual cada parte arca com metade das custas e com os honorários do patrono adverso, sendo os das rés fixados em 10% do valor postulado a título de indenização por danos morais nos termos do artigo 85 § 2º do CPC e os da autora em 10% do valor da causa.

Para tal fim, pois, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1018555-92.2022.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante MANUEL JANKOVITS, é apelado CONDOMINIO EDIFÍCIO OCEAN BEACH.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.977)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOURÃO NETO (Presidente sem voto), ANA MARIA BALDY e MELO BUENO.

São Paulo, 3 de abril de 2024.

GILSON DELGADO MIRANDA, Relator

Ementa: LOCAÇÃO RESIDENCIAL. Locação por temporada. Proibição de uso das áreas de lazer e serviço de praia pelos locatários dos apartamentos desti-

Acesso ao Sumário

nados a locação por curta temporada. Restrição aprovada em regular assembleia geral ordinária, balizada em normas da convenção condominial e regimento interno do condomínio. Ausência de violação do direito de propriedade. Irresignação do autor, condômino e locador, que não pode prevalecer sobre o interesse da coletividade. Sentença de improcedência mantida. Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de recurso de apelação interposto para impugnar a sentença de fls. 539/543, cujo relatório adoto, proferida pelo juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Guarujá, Marcelo Machado da Silva, que julgou improcedente o pedido inicial e condenou o autor ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios sucumbenciais fixados em R$ 3.000,00.

Segundo o recorrente, autor, a sentença merece ser reformada, em síntese, porque a proibição de uso de piscina, sauna e serviço de praia pelos locatários de apartamentos destinados alocação por curta temporada, contida na norma condominial, fere seu direito de propriedade. Pede "o cancelamento dos termos das deliberações constantes das assembleias condominiais realizadas nos dias 26/06/2021 e 13 de agosto de 2022, de maneira a que possa o apelante utilizar-se de sua propriedade da forma que melhor lhe aprouver, inclusive e especialmente quanto à utilização das áreas comuns e de todos os serviços disponibilizados pelo condomínio, por parte de seus inquilinos".

Recurso tempestivo, insuficientemente preparado (fls. 562/563) e respondido (fls. 567/576).

Determinada a regularização do preparo (fls. 582), o recorrente demonstrou tempestivamente o recolhimento da taxa judiciária (fls. 586/587).

Distribuído o recurso na forma da Resolução n. 772/2017 do OETJSP, não houve oposição ao julgamento virtual.

Esse é o relatório.

O recurso não comporta provimento. Certamente o juízo de primeiro grau deu solução adequada ao caso.

Sobre o tema, assim constou na r. sentença: "Conforme já constou da decisão que indeferiu a tutela de urgência, é possível que os condomínios estabeleçam limitações para os casos de locações de curto prazo, mencionando, ademais, precedente do Superior Tribunal de Justiça. Nessa linha, respeitado o entendimento diverso, as deliberações tomadas nas assembleias impugnadas não constituem violações aos direitos dos proprietários, ofensas aos direitos constitucionais ou medidas discriminatórias. O direito de propriedade não é ab-

Acesso ao Sumário

soluto e não pode prejudicar os interesses da coletividade; de acordo com o que consta dos autos, as unidades do autor são destinadas a locações por curtos períodos, os ocupantes temporários que ordinariamente permanecem no condomínio apenas aos finais de semana e feriados prolongados. Sabe-se que este tipo de ocupação tem potencial para causar transtornos aos moradores, posto que em muitos casos os ocupantes, por não guardarem qualquer tipo de vínculo, seja com o condomínio, seja com os demais moradores, adotam comportamentos abusivos e que acabam prejudicando a boa convivência e o sossego de quem ali reside. Para evitar ou limitar a ocorrência de situações desagradáveis praticadas por ocupantes temporários, as providências adotadas em assembleia não podem ser consideradas desproporcionais ou limitadoras dos direitos do proprietário. Como se vê dos autos, o edifício não foi construído, e o condomínio não foi criado com a finalidade de hospedagem; não obstante não se possa falar em limitação ao uso da propriedade, também não se pode admitir que as locações temporárias produzam situações que retiram a paz e a boa convivência daqueles que se utilizam do edifício para a sua real finalidade, qual seja, a de moradia. As restrições, que, diga-se, se aplicam apenas a ocupantes temporários, não se apresentam abusivas, pois visam preservar a paz, a boa convivência e o respeito às regras estabelecidas para a vida em local comum. [...] Segundo se depreende dos autos, as regras foram estabelecidas regularmente. Houve aprovação, em assembleias, cujas deliberações passaram a vedar o aproveitamento de áreas de lazer por não ocupantes temporários" (540/542).

E conclui: "Os critérios adotados são razoáveis, tendo em vista a finalidade habitacional do condomínio réu, e a necessidade de preservar a incolumidade e a tranquilidade dos moradores. Em última análise, o que deve prevalecer é o interesse dos moradores do condomínio, com o resguardo da paz, da boa convivência, da harmonia e do respeito às regras que devem ser observadas por todos aqueles que optaram por viver em condomínio edilício, em detrimento do interesse meramente econômico daquele que busca obter ganhos financeiros, especificamente, no caso concreto, por meio de locações temporárias e que produzem alta rotatividade de pessoas em local destinado à moradia, descanso e sossego" (542/543).

Não podia ser diferente, por certo!

Como é cediço, "os pilares do uso regular da propriedade em relação aos vizinhos - segurança, sossego e saúde - balizam a delimitação dos direitos e obrigações dos condôminos, que são definidos considerando as disposições normativas cogentes e as características e necessidades específicas da massa condominial. Considerando essas premissas, é certo que a jurisprudência nacional tem reconhecido que é viável ao conjunto de condôminos, por meio do órgão assemblear, exercer limites parcimoniosos às faculdades inerentes à propriedade com o escopo de equalizar a vida comum decorrente do modelo inerente ao

Acesso ao Sumário

condomínio" (TJSP, Apelação n. 1015273-80.2021.8.26.0223, 31ª Câmara de Direito Privado, j. 07/03/2023, rel. Des. Rosangela Telles).

Na espécie, em que pese o pleito autoral questione apenas a proibição do uso das áreas comuns e de lazer do edifício aos seus locatários temporários, fato é que a questão está intimamente atrelada a finalidade do condomínio e afeta toda coletividade daqueles que ali residem, assim como os direitos e obrigações previstos na convenção condominial e no regimento interno do condomínio.

Com efeito, a convenção condominial, em seu artigo 4º, determina que as unidades autônomas se destinam ao uso exclusivamente residencial:

> "Os Apartamentos destinam-se a fins residenciais, sendo expressamente vedada a instalação de comércio (loja) escritórios comerciais ou serviços, consultórios médicos ou afins, ainda que temporária de qualquer condômino, inquilino ou ocupante dos apartamentos a qualquer título" (fls. 424).

Por sua vez, o regimento interno do condomínio, estabelece que:

> "Art. 4º - Além das constantes da convenção é defeso aos condôminos ou moradores:
>
> [...]
>
> IX. Destinar os apartamentos a atividades comerciais, ou quaisquer outras que prejudiquem o sossego e bem-estar comum. Os apartamentos destinam-se exclusivamente à fins residenciais, não sendo permitida a instalação de escritórios e consultórios, nem o exercício de qualquer atividade profissional ou clubística" (fls. 442).

Nesse contexto, a proibição do uso da piscina, sauna ne serviço de praia por locatários de apartamentos destinados a locação por temporada foi discutida e aprovada em regular assembleia geral ordinária, datada de 20/12/2017 (fls. 414/421). Dispõe o item 5, letra "b" da respectiva ata:

> "ALUGANTES TEMPORÁRIOS:
> Foi aprovado por unanimidade:
> NÃO poderão usar a piscina ou a Sauna
> Não PODERÃO usar Serviços de praia" (fls. 417).

O tema foi revisitado em sede de assembleia geral extraordinária, realizada em 13/08/2022, e mantido nos exatos termos relatados alhures (ver documento de fls. 49/69).

Assim, força reconhecer que a irresignação do autor, condômino e locador, não pode prevalecer sobre o interesse da coletividade. Vale dizer, "não houve violação ao direito de propriedade, mas adequação aos interesses maiores da coletividade, em atenção à própria disposição da convenção" (TJSP, Apelação n. 1005757-09.2018.8.26.0266, 31ª Câmara de Direito Privado, j. 02/07/2019, rel. Des. Paulo Ayrosa).

Em síntese, o juiz de primeiro grau deu a solução correta para a lide que

Acesso ao Sumário

se formou. Desse modo, o não provimento do recurso é de rigor.

Posto isso, **nego provimento ao recurso**. Sem prejuízo, majoro a verba honorária para R$ 3.500,00, mantido o critério fixado na sentença, com fundamento no art. 85, § 11, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004954-59.2022.8.26.0048, da Comarca de Atibaia, em que é apelante BANCO PAN S/A, é apelada IDALINA FRANCISCO CORDEIRO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 29ª 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 15.347)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NETO BARBOSA FERREIRA (Presidente), SILVIA ROCHA e FABIO TABOSA.

São Paulo, 2 de abril de 2024.

NETO BARBOSA FERREIRA, Presidente e Relator

Ementa: Compra e venda de veículo - Ação de obrigação de fazer c.c. pedido de indenização por danos morais ajuizada contra revendedora de veículos e instituição financeira que concedeu financiamento para aquisição do automóvel - Comercialização de veículo com vícios - Sentença de parcial procedência - Apelo do banco corréu - Revelia afastada relativamente ao banco apelante - Contestação tempestiva. Inteligência do art. 231 c.c. art. 335, ambos do CPC/2015 - Prazo para apresentação de resposta é contado da juntada do último aviso de recebimento. Revendedora revel. - Mérito - Relação de Consumo - Falha na prestação do serviço - Revenda de veículo com defeito. Como se não bastasse, o financiamento foi duplicado - R. sentença determinou o cancelamento de um dos contratos de financiamento e condenou os réus em caráter solidário a restituírem à autora as parcelas pagas concernentes ao contrato de financiamento cancelado e à restituição dos valores pagos pela suplicante, a título de multas incidentes sobre o bem, relativas a período em que o veículo não estava sob a posse da suplicante.

Acesso ao Sumário

Outrossim, condenou as rés ao pagamento de indenização por danos morais. Revendedora correquerida providenciou a troca do veículo defeituoso administrativamente. Responsabilidade solidária e objetiva da revendedora e de todos os fornecedores que integram a cadeia de fornecimento do produto adquirido pelo autor, inclusive do agente financeiro, ante a existência de contrato coligado de financiamento. De fato, o contrato de financiamento cancelado e o contrato de compra e venda, embora independentes, estão interligados, posto que o objetivo de ambos, é o de propiciar a aquisição do veículo pela suplicante. Inteligência dos artigos 7º, parágrafo único; 18; 25, parágrafo 1º e 34, todos do Código de Defesa do Consumidor. Em casos tais, o consumidor pode escolher a quem acionar, lembrando que segundo verbete da Sum. 297, do C. STJ, "o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras". Precedentes jurisprudenciais, inclusive do C. STJ - Danos morais - Inocorrência. Apesar dos contratempos de ordem burocrática, é certo que a revendedora correquerida providenciou a troca do veículo defeituoso administrativamente, de modo que a autora não teve sua dinâmica de locomoção seriamente afetada com a falha na prestação dos serviços. Outrossim, de rigor observar que a requerente não fez prova de qualquer negativação, abalo de crédito ou restrição financeira e administrativa capaz de abalar seu nome ou imagem no meio social em que vive. Por fim, da data em que a autora teve ciência da existência de um segundo contrato de financiamento à data de ajuizamento da ação não transcorreu período de tempo suficiente para se cogitar da teoria do desvio produtivo do consumidor, máxime considerando que a parte autora não fez prova de que entrou em contato com o banco réu para resolver a questão em sede administrativa, através de seus canais de atendimento. Não se ignora os aborrecimentos padecidos pela autora. Todavia, tal situação não pode ser tida como apta a justificar a condenação dos requeridos ao pagamento de indenização por danos morais. Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de ação de obrigação de fazer c.c. pedido de indenização por danos morais ajuizada por **Idalina Francisco Cordeiro** em face de **Banco Pan S/A e M. Celia Machado Geraldo Veiculos - Me (Revel)**, julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 207/208, integrada pela decisão aclaratória de fls. 245/246, tendo o Juízo a quo deliberado: "*(a) CANCELAR o contrato de compra e venda e financiamento do veículo objeto da Proposta nº 091056162; (b) CONDENAR os réus, solidariamente, a restituir à autora os valores das parcelas pagas do contrato ora cancelado, isto que farão com correção monetária desde o desembolso de cada um dos valores que compõe tal cifra e juros de mora de 1% ao mês; (c) CONDENAR os réus a restituir à autora os valores por ela pagos a título de multa sobre o veículo FIAT Punto Placa EZJ7A76 R$ 441,91, com correção monetária desde os desembolsos e juros de mora desde a citação; e (d) CONDENAR os réus, também solidariamente, a pagar à autora a importância de R$ 2.500,00 a título de indenização por danos morais, acrescidos de correção monetária, a contar desta sentença, e juros de mora legais desde a citação*" (sic - fls. 246).

No mais, asseverou o I. Julgador que "*nada há que se determinar relativamente ao veículo FIAT Punto Placa FKN9C73, posto tenha ele sido substituído pelos réus, com a consequente entrega do novo veículo à autora Placa EZJ7A76.*" (sic - fls. 246).

Os réus também foram condenados ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários do advogado da autora, fixados em 10% do valor da causa.

Em apertada síntese, o MM. Juízo de origem considerou ser o caso "*de pronto cancelamento do primeiro financiamento celebrado em nome da autora com o réu Proposta nº 091056162 FIAT Punto Placa FKN9C73. Também é caso de determinar ao banco que restitua à autora as parcelas pagas relativamente ao financiamento ora cancelado, posto não tenha ela se beneficiado daquele veículo. Além disso, os réus devem restituir à autora os valores por ela pagos a título de multa sobre o veículo FIAT Punto Placa EZJ7A76, uma vez que tal veículo não estava em sua posse quando das infrações e, portanto, não foram por ela cometidas.*

No mais, pontuou que "*É patente, ainda, a ocorrência de danos morais, por causa da aquisição pela autora de veículo que não se prestou ao uso próprio, bem como pelos dissabores enfrentados para a solução dos problemas por ele apresentados e tentativa de cancelamento do contrato de financiamento, isto que atrai a obrigação solidária dos réus de lhe indenizar à razão de R$ 2.500,00: mais que isso ultrapassa o razoável na espécie.*".

Inconformado, apelou o banco réu (fls. 211/229), batendo-se, inicialmen-

Acesso ao Sumário

te, pela flexibilização dos efeitos da revelia, sob a alegação de que "*o banco Recorrente se viu surpreendido com a dinâmica da mudança de procedimento ocorrida em razão da pandemia instalada com o Covid-19*" (sic - fls. 214).

No mais, torna a insistir na tese de ilegitimidade passiva, tendo em vista que o vício no automóvel alienado e a falha na prestação dos serviços de reparo devem ser imputados à conduta negligente da revendedora de veículos.

Alega que não participou da negociação do veículo e que cabia à parte autora a análise das condições contratuais do financiamento.

Nesse cenário, sustenta que o agente financeiro não pode ser prejudicado, pois a ele não pode ser atribuída nenhuma responsabilidade pelo ocorrido.

Pugna pela juntada de elemento de prova em sede recursal, sob a alegação de que teve acesso aos documentos recentemente e que as informações evidenciadas são imprescindíveis ao deslinde da controvérsia.

No mérito, propriamente dito, sustenta a validade da contratação por meio digital, confirmada após a conferência da documentação pessoal da autora/contratante e da respectiva biometria.

Por sua vez, aventa excludente de responsabilidade por culpa exclusiva de terceiro, tendo em vista que a correquerida foi a única que concorreu para o evento danoso narrado na inicial.

Além disso, como não restou demonstrado qualquer vício no contrato de financiamento, não há que se falar em rescisão do contrato, conforme entendimento jurisprudencial que entende aplicável à espécie.

Outrossim, defende a inexistência de falha na prestação dos serviços, tendo em vista que a cobrança de valores ocorreu em exercício regular de direito.

Ademais, sustenta a inexistência de provas do dano material e imaterial experimentado.

Adiante, discorre sobre inocorrência de danos morais indenizáveis, pugnando, subsidiariamente, pela redução da indenização fixada.

Caso não seja este o entendimento, pugna pela fixação do termo inicial dos juros de mora na data do arbitramento da indenização por danos morais, tendo em vista a inaplicabilidade da Súmula 54 do C. STJ à espécie.

Por fim, pugna pela redução dos honorários de sucumbência arbitrados pelo Juízo de origem.

Ante o exposto, requer o provimento do recurso e a reforma da sentença, nos termos supracitados.

Recurso tempestivo, preparado (fls. 239/241) e contrarrazoado a fls. 256/264.

É o relatório.

Preenchido os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, o recurso deve ser conhecido.

No mérito, respeitado o entendimento do Juízo sentenciante, o recurso

Acesso ao Sumário

comporta parcial provimento.

Com efeito e por proêmio, de rigor o afastamento dos efeitos da revelia, porém, não pelos motivos suscitados pelo banco apelante.

Isso porque a contestação de fls. 143 e ss. é tempestiva, tendo em vista que o último aviso de recebimento, ref. à citação da empresa ré M. Célia Machado, foi juntado aos autos em 17.09.2022 (fls. 134), ao passo que a contestação de fls. 143 foi protocolizada em 03.10.2022.

Portanto, por força do disposto no art. 231, I e § 1º., c.c. art. 335, ambos do CPC/2015, forçoso convir que a contestação é tempestiva.

Com efeito, em situação em que há litisconsórcio passivo (caso dos autos), o prazo para apresentação de resposta é contado da juntada do último aviso de recebimento.

Logo, de rigor o afastamento da revelia relativamente à instituição financeira ré e apelante.

Todavia, de rigor observar que o banco apelante se limita a discorrer sobre o contrato de financiamento, nada informando sobre a relação jurídica travada entre a autora e a revendedora de veículo.

Com efeito, à míngua de impugnação específica, era mesmo de rigor a presunção de veracidade sobre os fatos relativos ao contrato de compra e venda, tal como consignado pelo Juízo de origem.

Isso assentado, de rigor anotar que a preliminar de ilegitimidade passiva se confunde com o mérito e com ele será analisado.

Mais; a relação discutida nos autos é de consumo, na medida em que os réus são fornecedores de serviços e produtos (art. 3º., do CDC) e a autora destinatária de tais serviços e produtos (art. 2º., do CDC).

Com efeito, demonstrada a falha da prestação dos serviços, era mesmo de rigor a condenação da revendedora de veículos.

Isso porque, em situações tais, a responsabilidade da requerida, na condição de fornecedora, é objetiva, vale dizer, se configura independentemente da culpa, como leciona Carlos Roberto Gonçalves, in Responsabilidade Civil, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21/22: verbis:

"*Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco (objetiva propriamente dita ou pura). Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta da ré, porque sua culpa já é presumida. Trata-se, portanto, de classificação baseada no ônus da prova. É objetiva porque dispensa a vítima do referido ônus. Mas, como se baseia em culpa presumida, denomina-se objetiva imprópria ou impura. É o caso, por exemplo, previsto no art. 936 do CC, que presume a culpa do dono do animal que venha a causar*

Acesso ao Sumário

dano a outrem. Mas faculta-lhe a prova das excludentes ali mencionadas, com inversão do onus probandi. Se a ré não provar a existência de alguma excludente, será considerada culpada, pois sua culpa é presumida. Há casos em que se prescinde totalmente da prova da culpa. São as hipóteses de responsabilidade independentemente de culpa. Basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano."

Em suma, o revendedor de veículo usado responde objetivamente pelo risco do negócio.

Nesse sentido, a ele compete, a rigor, oferecer ao consumidor veículos em bom estado, livre e desembaraçado de ônus; vale dizer, garantir que o produto oferecido reúna condições básicas, tanto em termos de qualidade, quanto jurídicas, para que o consumidor possa efetivamente usar e fruir do bem adquirido.

A propósito, veja-se a respeito, a jurisprudência deste E. TJSP:

"*COISA MÓVEL. Compra e venda. Impasse na formalização do negócio perante o órgão de trânsito. Fato devido a desídia da vendedora. Delonga na solução.* ***Dever legal do fornecedor de garantir a eficácia do negócio, segundo as expectativas que era justo nutrir nas circunstâncias. Indenização por danos morais cabível****. Sentença que assim deve ser confirmada. Apelação denegada.*" (Apelação nº 0050466-64.2011.8.26.0114, TJSP, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Sebastião Flávio, j. 15/05/2013, g.n.).

E tal situação restou incontroversa nos autos.

Relativamente à apelante, dúvida não há, face ao que foi alegado pelas partes, que o contrato de financiamento foi celebrado para viabilizar a compra e venda pactuada entre o autor e a corré, revendedora de veículos, que estipulou o preço do bem e a forma de pagamento.

Destarte, indiscutível a conexão dos negócios jurídicos (compra e venda e financiamento), pois ambos possuem finalidade em comum, qual seja: tornar viável a aquisição do bem móvel pelo consumidor.

Bem por isso, o contrato de compra e venda e o contrato de financiamento não podem ser vistos de forma isolada, tal como pretende o banco réu - apelante.

Nesse sentido iterativa jurisprudência de nossos Tribunais.

A propósito, veja-se:

"*COMPRA E VENDA DE VEÍCULO - ARRENDAMENTO MERCANTIL - AÇÃO QUE OBJETIVA SUBSTITUIÇÃO DE VEÍCULO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - RESTRIÇÃO SUPERVENIENTE ANOTADA NO DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO, POR ORDEM JUDICIAL - GRAVAME INEXISTENTE AO TEMPO DA TRANSAÇÃO REALIZADA ENTRE AS PARTES EVICÇÃO - HIPÓTESE DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO DA VENDEDORA E DA ARRENDADORA DO BEM, SUA ATUAL PROPRIETÁRIA - CITAÇÃO ORDENADA, PRECEDIDA DE EMENDA DA INICIAL - PROCESSO ANULADO, DE OFÍCIO, COM PREJUÍZO DO RE-*

Acesso ao Sumário

CURSO - De ofício, anula-se o processo, prejudicada a apelação (...). Tratando-se, como se trata, de contratos coligados, a resolução da causa está a depender de deliberação simultânea a respeito da compra e venda e do leasing. É dizer que a instituição que fornece os recursos para a compra do bem (por financiamento direto ou por leasing) é inserida na cadeia de fornecedores, assumindo responsabilidade solidária, no limite de sua participação, em face do consumidor, ao lado da loja de veículos, que vende o automóvel. Se a compra e venda é desfeita, por vício do produto ou por qualquer outra razão que viole o direito do consumidor, o contrato vinculado de financiamento ou de leasing terá, em regra, a mesma sorte. Esvaída a sua finalidade econômica, remanesce sem razão jurídica o contrato. São, em suma, contratos coligados" (Ap. c/ Rev. nº 9125564-21.2009.8.26.0000 - 30ª Câm. Dir. Privado - Rel. Des. Edgard Rosa - J. 21.09.2011, v.u.).

"*RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO DO PRODUTO. VEÍCULO NOVO DEFEITUOSO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO "BANCO DA MONTADORA" INTEGRANTE DA CADEIA DE CONSUMO. APLICAÇÃO DO ART. 18 DO CDC. VOTOS VENCIDOS. - 1 - Demanda movida por consumidor postulando a rescisão de contrato de compra e venda de um automóvel (Golf) em razão de vício de qualidade, bem como de arrendamento mercantil firmado com o "banco da montadora" para financiamento do veículo. 2 - Responsabilidade solidária da instituição financeira vinculada à concessionária do veículo ("banco da montadora"), pois parte integrante da cadeia de consumo. 3 - Distinção em relação às instituições financeiras que atuam como "banco de varejo", apenas concedendo financiamento ao consumidor para aquisição de um veículo novo ou usado sem vinculação direta com o fabricante. 4 - Aplicação do art. 18 do CDC. 5 - RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO POR MAIORIA, COM DOIS VOTOS VENCIDOS. (REsp 1379839/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 15/12/2014).*".

Apelação 0023823-92.2010.8.26.0344 - 30ª. Câmara de Direito Privado - Rel. Des. Andrade Neto (J. 16/4/2014), "***o contrato de financiamento e o contrato de compra e venda, embora estruturalmente independentes entre si, encontram-se funcionalmente interligados, têm um fim unitário comum, sendo ambos, em essência, partes integrantes de uma mesma operação econômica global, de tal sorte que cada qual é a causa do outro, um não seria realizado isoladamente, sem o outro***".

Integrando, pois, os contratos em questão, a mesma cadeia de fornecimento dos produtos e serviços, forçoso convir que os contratantes são solidariamente responsáveis pelos prejuízos eventualmente suportados pelo consumidor, tendo em conta o que dispõem os artigos 7º, parágrafo único; 25, parágrafo 1º e

Acesso ao Sumário

34, todos do Código de Defesa do Consumidor.

Nesses casos, o consumidor pode escolher a quem acionar, lembrando que segundo verbete da Sum. 297, do C. STJ, "*o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras*".

O STJ, aliás, já definiu pela solidariedade entre os participantes da cadeia de consumo em casos análogos. (REsp 547.794/PR, 4ª Turma/STJ, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 15/02/2011, DJe 22/02/2011) (AgRg no Ag1377480/RJ, 3ª Turma/STJ, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 14/08/2012, DJe 20/08/2012);(REsp 554.876/RJ, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ 17.2.04).[...]"(AgRg no AREsp 195.336/RJ, 3ª Turma/STJ, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 28/08/2012, DJe17/09/2012).

Conforme leciona Zelmo Denari ao comentar o art. 25, do CDC: "*O § 1º reafirma a solidariedade passiva de todos aqueles que, de qualquer modo, concorrem para a causação do dano, ao mesmo tempo que o § 2º acrescenta ao rol de coobrigados solidários o fornecedor das peças ou dos componentes defeituosos que foram incorporados aos produtos ou serviços que deram causa ao eventus damini. Trata-se, no entanto, de solidariedade pura e simples, que não comporta benefício de ordem, o que significa: o consumidor poderá fazer valer seus direitos contra qualquer dos fornecedores do produto ou serviço, inclusive contra o incorporador da peça ou componente defeituoso.*" (Código de Defesa do Consumidor - Comentado pelos autores do Anteprojeto, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 195).

Assim, poderá o banco réu, se assim entender, buscar junto aos demais fornecedores, que integraram a cadeia de consumo, o ressarcimento de eventual indenização paga à autora nestes autos, **razão pela qual não há que se falar em ilegitimidade passiva, pelo que rejeito a arguição**.

No mais, tenho que não há como negar a responsabilidade solidária e **objetiva** dos fornecedores por vícios dos produtos comercializados, nos termos do art. 18, *verbis*.

"***Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade*** *que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.*" (g.n.).

Ante o exposto e diante a inegável a ocorrência do vício do produto, bem como o nexo de causalidade com a conduta negligente da empresa corré, o banco requerido também responde civilmente pelas consequências danosas daí advindas, não havendo que se falar, portanto, em culpa exclusiva de terceiro.

Assim, em razão do desfazimento do primeiro contrato de compra e ven-

Acesso ao Sumário

da, o contrato coligado de financiamento deve ter a mesma sorte, devendo o provimento jurisdicional proporcionar o retorno das partes ao *status quo ante*, tal como decidido pelo Juízo *a quo*.

Em relação à indenização por danos morais, com razão o banco apelante.

Como ensina o I. jurista luso Inocêncio Galvão Telles, "*Dano moral se trata de prejuízos que não atingem em si o patrimônio, não o fazendo diminuir nem frustrando o seu acréscimo. O patrimônio não é afectado: nem passa a valer menos nem deixa de valer mais. Há a ofensa de bens de caráter imaterial - desprovidos de conteúdo econômico, insusceptíveis verdadeiramente de avaliação em dinheiro. São bens como a integridade física, a saúde, a correção estética, a liberdade, a reputação. A ofensa objectiva desses bens tem, em regra, um reflexo subjectivo na vítima, traduzido na dor ou sofrimento, de natureza física ou de natureza moral (...)*". ('Direito das Obrigações, Coimbra Editora, 6ª edição, p. 375).

Para Carlos Alberto Bittar "*são morais os danos aos atributos valorativos (virtudes) da pessoa como ente social, ou seja, integrada à sociedade (como, v.g., a honra, a reputação e as manifestações do intelecto)*" (Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais, Revista dos Tribunais, SP, 1993, p. 24).

Ressalvadas situações específicas, como nos casos de negativação indevida, em que se trabalha a tese consolidada do dano moral in re ipsa, imputações nesse sentido devem estar acompanhadas de provas, posto que o dano moral, em regra, não é presumível.

E *in casu*, ao contrário do que restou consignado em sentença, a autora não conseguiu evidenciar qualquer ofensa aos direitos de sua personalidade.

Consigne-se que a autora/apelada sintetizou a causa de pedir do dano moral, alegando que "***É inequívoco que a primeira requerida causou um abalo à autora que em muito supera o status de mero dissabor do cotidiano, vez que ninguém deve esperar estar sujeito a realização de um financiamento não previamente autorizado, bem como acreditar que um primeiro financiamento será substituído por outro e ser surpreendido com a coexistência de dois financiamentos. E mais, ter um veículo financiado em seu nome que está sendo conduzido por outrem, sendo deteriorado, bem como estar sendo insistentemente cobrada indevidamente por pagamento de um veículo que não possui, vez que não reúne condições para pagar dois financiamentos.***" (fls. 06/07, sic).

Todavia, a apesar dos contratempos de ordem burocrática, é certo que a correquerida providenciou a troca do veículo a tempo, de modo que a autora não teve sua dinâmica de locomoção seriamente afetada com a falha na prestação dos serviços.

Por sua vez, de rigor observar que a requerente não fez prova de qualquer

Acesso ao Sumário

negativação, abalo de crédito ou restrição financeira e administrativa capaz de abalar seu nome ou imagem no meio social em que vive.

Por fim, da data em que a autora teve ciência da existência de um segundo contrato de financiamento (03.02.2022) à data de ajuizamento da ação (06.07.2022) não transcorreu período de tempo suficiente para se cogitar da teoria do desvio produtivo do consumidor, máxime considerando que a parte autora não fez prova de que entrou em contato com o banco réu para resolver a questão em sede administrativa, através de seus canais de atendimento.

Não se ignora em absoluto, os aborrecimentos padecidos pela autora.

Todavia, tal situação não pode ser tida como apta a justificar a condenação dos requeridos ao pagamento de indenização por danos morais.

Consigne-se, por fim, que o mero descumprimento ou inadimplemento contratual, conquanto apto a gerar aborrecimentos e frustações, não dá ensejo à indenização por danos morais, como já assentado iterativamente por esta C. Corte.

Ante todo o exposto, **o parcial acolhimento do recurso do banco apelante e a parcial reforma da sentença, por improcedente o pedido de indenização por danos é medida que se impõe**, restando prejudicadas, por conseguinte, as demais teses subsidiárias suscitadas em recurso.

Em suma, julga-se parcialmente procedente a ação.

Sucumbentes em maior grau, a requeridas, por força do que dispõe o art. 86, § 1º., do CPC, arcarão com as custas do processo e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa, tal como deliberado pelo Juízo a quo, ex vi do que dispõe o art. 85, § 2º., do estatuto processual vigente. Inaplicável, outrossim, à espécie, o § 11, do art. 85.

Com tais considerações, **pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1066815-24.2021.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SKY SERVIÇOS DE BANDA LARGA LTDA., é apelado EPC SAT EIRELI (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA).

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE A DRA. CARINA SILVA DE SOUZA DOURADO", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43132)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NEL-

SON JORGE JÚNIOR (Presidente) e SIMÕES DE ALMEIDA.
São Paulo, 3 de abril de 2024.
FRANCISCO GIAQUINTO, Relator

Ementa: Ação de cobrança c.c. danos morais - Contrato de credenciamento da empresa ré para intermediação de vendas de assinaturas, instalações, assistência técnica e habilitação de serviços da Sky - Alegação de fraude no cadastramento de consumidores para novas contratações, pretendendo a autora o ressarcimento pelas despesas suportadas pelo ajuizamento de ações judiciais, estorno das comissões recebidas com base em tais contratos e danos morais - Sentença de improcedência - Natureza jurídica da relação entre a autora e a ré é de representação comercial, atraindo a incidência da Lei 4.886/65 - Não se comprovou ter a empresa autora (Sky) adotado as cautelas necessárias para aprovação dos contratos intermediados pela ré, inexistindo prova indiciária de que as alegadas fraudes nas contratações decorreram da atuação dolosa ou culposa da empresa ré, ônus da prova que era da autora (art. 373, I, do CPC) - Inexiste nexo causal entre os prejuízos alegados pela autora e o ato ilícito imputado à ré - Cláusula del credere expressamente vedada pelo art. 43, da Lei 4.886/65 - Danos morais não evidenciados - Recurso negado.

VOTO

Trata-se de ação de cobrança c..c indenização por danos morais proposta por **SKY SERVIÇOS DE BANDA LARGA LTDA** em face de **EPC SAT EIRELI**, julgada improcedente pela r. sentença de fls. 639/641, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência fixados em 10% do valor da causa.

Apela a autora (fls. 653/667), sustentando foi o contrato de parceria comercial celebrado entre as partes rescindido por irregularidades praticadas pela ré no cadastramento de novos clientes, ensejando o ajuizamento de diversas ações judiciais em face da autora. As provas produzidas demonstram o indevido cadastramento pela ré de novas assinaturas, sem prévia solicitação ou anuência dos consumidores, causando prejuízos materiais e morais à autora. A ausência do elemento volitivo no caso é irrelevante, diante do disposto na cláusula 10 do contrato entre as partes, que impõe à ré a responsabilidade pelos danos

Acesso ao Sumário

suportados pela autora pela falha no credenciamento de novos clientes. Cabia à ré comprovar a autenticidade das vendas, exibindo cópias dos documentos apresentados pelos consumidores no ato da contratação, ônus da qual não se desincumbiu a ré. Postula a condenação da ré a restituir os valores pagos pela autora em decorrência das ações judiciais ajuizadas por consumidores em seu desfavor, o estorno das remunerações recebidas pelas habilitações de assinaturas fraudulentas e danos morais, pugnando pelo provimento do recurso.

Recurso originariamente distribuído à C. 28ª Câmara de Direito Privado desta Corte, que dele não conheceu em razão da matéria, determinando-se a redistribuição do recurso (fls. 1076/1081) e não respondido.

Oposição ao julgamento virtual do recurso pela autora apelante (fl. 1086).

É o relatório.

VOTO.

Trata-se de ação de cobrança c.c. danos morais, por suposta fraude praticada pela empresa ré no cadastramento de novas assinaturas de serviços da autora Sky, postulando o ressarcimento pelas despesas suportadas pelo ajuizamento de ações judiciais com base em tais contratos fraudulentos, estorno das comissões pagas à ré e danos morais.

Narrou a autora, na inicial, celebrou com a ré, em 3/9/2018, contrato de parceria comercial, credenciando-a para a promoção e intermediação de vendas de assinaturas de produtos Sky, realização de instalações, assistência técnica e habilitação dos serviços de televisão por assinatura e banda larga da Sky.

Identificou ao longo da relação contratual diversas irregularidades no cadastramento de novas assinaturas, realizadas sem prévia solicitação ou consentimento dos consumidores, ensejando o ajuizamento de ações judiciais por consumidores visando a rescisão dos referidos contratos fraudulentos.

Postulou a procedência da ação "*para: a) Condenar a Ré ao pagamento do valor de R$ 44.826,86 (quarenta e quatro mil, oitocentos e vinte e seis reais e oitenta e seis centavos), a título de ressarcimento pelos valores despendidos pela SKY em razão de demandas ajuizadas por consumidores que tiveram os seus dados indevidamente utilizados pela Ré; b) Condenar a Ré ao pagamento de R$ 81.101,50 (oitenta e um mil, cento e um reais e cinquenta centavos), correspondente aos estornos de comissões demonstrados nos extratos emitidos; e c) Condenar a Ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais)*" (fl. 14).

A empresa ré foi citada por edital, decorrendo o prazo para apresentação de defesa, nomeando-se curador especial que apresentou contestação por negativa geral.

A r. sentença apelada ao julgar improcedente a ação foi assim fundamentada:

"A ação é improcedente. De início, observo a não incidência do CDC

Acesso ao Sumário

à hipótese dos autos, típica relação comercial entre as partes. Desde logo, observo a natureza atípica do contrato entabulado entre as partes, não se enquadrando como representação comercial, inaplicável a Lei nº 4.886/65 à hipótese, conforme farta jurisprudência acerca do tema. Da documentação apresentada com a exordial, denota-se que as fraudes noticiadas nos autos decorreram de conduta criminosa, culpa exclusiva de terceiros no episódio, não havendo comprovação de qualquer concorrência culposa da requerida, pelo que não prospera o pedido de ressarcimento formulado na inicial a esse título. A Cláusula 10.4.2 do instrumento contratual (fls. 59), que previa a responsabilização da intermediadora por eventuais perdas e danos perante a representada, exige a "conduta inadequada" da requerida, ação ou omissão do credenciado, não sendo a hipótese concreta, repita-se, culpa exclusiva de terceiro nas fraudes cometidas. Em relação ao pretenso estorno de comissões efetivamente pagas, inexistiu relação de representação comercial entre as partes, conforme adiantado, autorizada a incidência da chamada cláusula del credere à relação contratual, portanto. Entretanto, incumbiria à demandante a compensação do indébito nos meses imediatamente posteriores, presumível a remissão dos montantes, na medida em que efetivamente prestado o serviço de intermediação, prosseguindo a vigência da relação contratual sem qualquer alteração verificada. Ainda, quanto aos danos morais postulados em caráter indenizatório, a autora ostenta enorme passivo judicial decorrente da mesma circunstância, fraudes verificadas na contratação de serviços diversos, inclusive reclamações em órgãos de fiscalização, inviável a responsabilização da requerida por eventual depreciação da imagem e marca. Por fim, o simples inadimplemento contratual, conforme entendimento jurisprudencial que adotamos, não justifica a imposição da sanção patrimonial. Neste sentido:"- CIVIL. DANO MORAL. O só inadimplemento contratual não caracteriza o dano moral. Recurso especial conhecido e provido" (REsp n.° 762.426/AM, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j . 15/09/2005, v. u., DJU de 24/10/05, p. 325)."

Pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

A ação é improcedente, porém, por fundamento diverso ao da r. sentença apelada.

O deslinde da questão passa pelo exame sobre a natureza jurídica da relação contratual entre as partes, concluindo-se pela aplicação ou não da Lei 4.886/65.

Data vênia do entendimento do d. Juiz a quo, a relação jurídica entre as partes possui a natureza de representação comercial.

Reza o art. 1º da Lei nº 4.886/65: ***"Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a***

Acesso ao Sumário

mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios".

Sobre as características essenciais do contrato de representação comercial, preleciona Rubens Requião que do art. 1º da Lei nº 4.886/65 ***"defluem as características jurídicas da relação de representação comercial, decorrente do contrato respectivo. São elas: a) atividade empresarial; b) não eventualidade das prestações; c) a mediação para realização de negócios mercantis; d) autonomia da atividade do agente"*** (REQUIÃO, Rubens. "*Do representante comercial: Comentários à Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965, à Lei nº 8.420, de maio de 1992, e ao Código Civil de 2002*". Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.57/58).

A despeito da autonomia para desempenho da atividade de mediação pelo representante comercial, este não detém poderes para concluir negócios em nome do representado, a quem compete realizar a prévia aprovação.

Nesse sentido, ensina André Luiz Santa Cruz: ***"Perceba-se que a representação comercial não se confunde com o mandato, uma vez que o representante não tem poderes para concluir os negócios em nome do representado. Cabe a este, em última análise, aprovar ou não os pedidos de compra obtidos pelo represente"*** (CRUZ, André Luiz Santa. *Direito Empresarial*. Vol. Único. São Paulo: Ed. Método, 10ª Ed. P. 676).

Fato incontroverso celebraram as partes contrato pelo qual a ré se obrigou a prestar à autora serviços de promoção e intermediação de vendas de assinaturas, realização de instalações, assistência técnica e habilitação dos serviços de televisão por assinatura e banda larga da Sky.

De acordo com a cláusula 4.1.1 do contrato entre as partes, o aperfeiçoamento das transações intermediadas pelo réu dependia de prévia aprovação da autora, característica típica dos contratos de representação comercial.

"4.1.1. A venda só será concretizada após a validação pela SKY, através do sistema 'Speed Web' e a comissão devida será paga após a habilitação dos serviços, conforme a Política de Remuneração vigente, que será previamente informada pela SKY ao Credenciado, via correio eletrônico" (fl. 56).

Ademais, de acordo com a cláusula 5ª do contrato celebrado entre as partes, os pagamentos somente seriam liberados à ré após a emissão de nota fiscal acompanhada de toda documentação apresentada para contratação.

"5. Os serviços realizados pelo Credenciado constarão de um extrato descritivo a ser emitido pela SKY com base nas OSs emitidas. De posse do extrato descritivo, o Credenciado deverá emitir nota fiscal de prestação de serviços com o devido destaque dos tributos aplicáveis, bem como toda documentação solicitada para a comprovação da realização dos serviços. A SKY fará conferência dos documentos recebidos e pagará os valores devidos nos prazos

Acesso ao Sumário

e condições da política de remuneração vigente, realizando as retenções e recolhimentos de tributos que por lei forem de sua responsabilidade. A SKY deverá informar eventuais divergências ao Credenciado, que providenciará os devidos esclarecimentos e correções" (fl. 57).

Assim, patente que a natureza da relação jurídica entre as partes é de representação comercial.

A autora visa responsabilizar a ré pelos cancelamentos de contratos de credenciamento aos serviços SKY, sustentando suposta fraude praticada pela empresa ré no cadastramento de novas assinaturas dos serviços da autora Sky, causa do ajuizamento de diversas ações judiciais por consumidores com base em tais contratos fraudulentos.

Para comprovar suas alegações, a autora instruiu a inicial com cópia das condições gerais do contrato entre as partes, extratos de seu sistema interno com notícia de cancelamento de contratos supostamente prospectados pela ré e não reconhecidos pelos consumidores, cópias de ações judiciais nas quais foram reconhecidas fraudes nas contratações dos serviços Sky e extratos de pagamentos realizados à empresa ré pela intermediação de negócios anulados (fls. 54/201).

A prova produzida, entretanto, não permite inferir a participação dolosa ou culposa da empresa ré nos alegados cadastramentos irregulares de novas assinaturas dos serviços Sky.

Nas ações declaratórias que foram propostas por consumidores em face da autora (Sky) inexistem quaisquer menções sobre a participação da ré na ocorrência dos alegados ilícitos, inexistindo prova indiciária, ônus da autora, de participação comissiva ou omissiva da ré nos referidas cadastramentos/contratações irregulares dos serviços Sky.

Embora requisito necessário para a aprovação das contratações pela empresa autora e para pagamento das comissões para a ré, a autora apelante não instruir a ação com cópias das notas fiscais emitidas com base nos contratos impugnados e com demais documentos que legitimaram tais contratações, a fim de que fosse possível imputar responsabilidade dos fatos retratados na inicial à empresa ré.

Tratando-se de contrato de representação comercial, caberia à própria autora a adoção das cautelas necessárias para a aprovação dos contratos intermediados pela ré e para a realização de pagamentos de comissões à ré, o que não se comprovou.

Nesse cenário, nenhum reparo comporta a r. sentença apelada ao concluir que não é devida a restituição de valores pagos pela autora a título de indenização aos consumidores por supostas fraudes nos cadastramentos/contratações dos serviços Sky, por não comprovada a participação da ré na ocorrência dos ilícitos.

Ademais sem pertinência a pretensão de estorno das comissões pagas à

Acesso ao Sumário

empresa ré, relativas aos contratos de serviços Sky cancelados.

Como referido, tratando-se de contrato de representação comercial, caberia à própria autora a adoção das cautelas necessárias para a aprovação dos contratos intermediados pela ré, inexistindo nos autos prova indiciária de nexo causal entre os prejuízos alegados pela autora e o ato ilícito imputado à empresa ré, ônus da prova que era da autora (art. 373, I, do CPC).

Ademais é expressamente vedada a inclusão de cláusula *del credere* no contrato de representação comercial (art. 43 da Lei 4.886/65).

Art. 43. ***"É vedada no contrato de representação comercial a inclusão de cláusulas del credere"*** (incluído pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992).

Portanto, por qualquer ângulo que se analise, não comporta acolhimento a pretensão de restituição de valores de comissões pagas à empresa ré, negando-se o recurso.

Em casos similares envolvendo a autora apelante, já decidiu o TJSP:

DECLARATÓRIA E COBRANÇA. Contrato de credenciamento da ré para efetuar promoção e intermediação de venda de assinaturas, realização de instalações, assistência técnica e habilitação dos serviços de televisão por assinatura. Rescisão contratual. Pretensão ao ressarcimento de valores despendidos em demandas judiciais cíveis ajuizadas por consumidores. Impossibilidade. Ausência de nexo de causalidade entre os danos narrados nas ações judiciais e a alegada conduta irregular da apelada. Inexistência de dano moral a indenizar. Pedido de estorno de comissões pagas à ré. Indeferimento que se impõe. Contrato entabulado entre as partes com características de representação comercial. As atividades descritas nas clausulas 4 e 5, que cabem ao credenciado executar, desbordam a mera prestação de serviços. Ainda que não prevista na avença a cláusula del credere, inaplicável, na hipótese. Inteligência do art. 43, da Lei nº 4.886/1965. Precedentes. De outra banda, inexiste previsão contratual de estorno de comissões. Requerimento subsidiário de fixação dos honorários de sucumbência, nos termos do artigo 85, §8º, do CPC. Impossibilidade. Afetação pelo E. STJ ao rito dos repetitivos os REsp 1850512/SP, REsp 1877883/SP, REsp 1.906.623/SP e REsp 1.906.618/SP. Tema 1.076. Sentença de parcial procedência, mantida. RECURSO DESPROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1037892-85.2021.8.26.0002; Relator (a): Anna Paula Dias da Costa; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 10ª Vara Civel; Data do Julgamento: 08/02/2023; Data de Registro: 09/02/2023)

RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO CONTRA R. SENTENÇA PELA QUAL FOI JULGADA IMPROCEDENTE AÇÃO DE COBRANÇA, C.C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS

Acesso ao Sumário

- MANUTENÇÃO DA R. SENTENÇA, AINDA QUE POR FUNDAMENTO DIVERSO - CONJUNTO ENCARTADO AO FEITO QUE CORROBORA A NATUREZA JURÍDICA DE "REPRESENTAÇÃO COMERCIAL" DO CONTRATO CELEBRADO ENTRE AS PARTES - CLÁUSULA "DEL CREDERE" - PRÁTICA VEDADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 43, DA LEI 4886/65 - DANOS MORAIS E MATERIAIS QUE TAMBÉM NÃO RESULTARAM COMPROVADOS NOS AUTOS - INSUFICIENTE DEMONSTRAÇÃO DE QUE A EMPRESA RÉ TERIA DADO CAUSA DIRETA AS AÇÕES AJUIZADAS EM DESFAVOR DA AUTORA - ACERTO DA R. SENTENÇA ATACADA - RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1072525-25.2021.8.26.0002; Relator (a): Simões de Vergueiro; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/11/2022; Data de Registro: 25/11/2022)

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - Sentença de parcial procedência - Recurso de ambas as partes - CONTRATO DE CREDENCIAMENTO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEVISÃO POR ASSINATURA E INTERNET - RECURSO DA AUTORA - Pedido de gratuidade indeferida - Concessão de prazo para recolhimento do preparo - Falta de manifestação - Deserção - Recurso da autora não conhecido. RECURSO DA RÉ - RECONVENÇÃO - Requerida que alega prejuízo material advindo de vendas canceladas - Inexistência no contrato de qualquer cláusula que permita o estorno de comissão em razão de vendas canceladas - DANO MORAL - Não caracterização - Ausência de comprovação de qualquer abalo há honra objetiva - Sentença mantida - RATIFICAÇÃO DO JULGADO - Hipótese em que a sentença avaliou corretamente os elementos fáticos e jurídicos apresentados pelas partes, dando à causa o justo deslinde necessário - Artigo 252, do Regimento Interno do TJSP - Aplicabilidade - Sentença mantida - Recurso da requeria não provido - Sentença confirmada - RECURSO DA AUTORA NÃO CONHECIDO E RECURSO DA REQUERIDA NÃO PROVIDO. (Apelação Cível nº 1000272-39.2021.8.26.0002, 38ª Câmara de Direito Privado, Relator Spencer Almeida Ferreira, j. em 06.07.2022)

Por consequência lógica, inexistindo ato ilícito praticado pela ré, não há danos morais a indenizar, negando-se o recurso.

Elevam-se os honorários advocatícios recursais em mais 1% do valor da causa (art. 85, §11, do CPC).

Por tais fundamentos, **nega-se provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0024020-83.2022.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante INTERPLAYERS SOLUÇÕES INTEGRADAS S/A, é apelado COOPERATIVA DE CONSUMO DOS MORADORES DA REGIÃO DOS INCONFIDENTES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 29226)**

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

São Paulo, 11 de abril de 2024.

ROSANGELA TELLES, Relatora

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Alegação da autora de que a ré realizou indevidas cobranças a título de contraprestação por serviço não contratado, a evidenciar a inexigibilidade dos débitos contra si perseguido e a imperiosidade de ser indenizada pelos danos de ordem moral que lhe foram infligidos. Sentença de procedência. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE LIAME JURÍDICO ENTRE OS CONTENDORES. Ausência de comprovação de que a autora, suposta usuária do serviço oferecido pela ré denominado "Portal da Drogaria", então gratuito, tenha aderido ao "Programa Mais Cliente", oneroso, sendo incontroverso que as cobranças questionadas neste se lastreiam. O único meio de prova por esta trazido à baila são prints de telas sistêmicas, que têm comprometido seu valor probatório, porque unilateralmente confeccionados. Não há qualquer assinatura, mesmo que eletrônica, que comprove a efetiva contratação dos serviços por parte da ex adversa. Causa debendi não demonstrada. SUCUMBÊNCIA. Majoração da verba honorária sucumbencial, segundo as disposições do art. 85, § 11, do CPC/15. RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 285/287, que, preservada em desate de aclaratórios (fls. 320), julgou procedentes os pedidos formulados na petição inicial, tornando definitiva a tutela concedida anteriormente para determinar à ré que não efetue a inclusão do nome da autora nos cadastros de proteção ao crédito em razão das dívidas em discussão ou o protesto destas, bem como para lhe ordenar que reestabeleça o acesso da parte autora ao seu portal, a fim de que tenha acesso ao Programa de Benefícios em Medicamentos, caso a restrição do acesso decorra do não pagamento dos débitos discutidos na presente ação, sob pena de *astreintes*. Demais disso, carreou à ré a obrigação de arcar com as custas e despesas processuais, bem como com honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa.

Inconformada, a ré apela para, inicialmente, alegar a ocorrência de fato superveniente que extingue o direito da apelada, qual seja, a conversão do acesso à plataforma Portal da Drogaria de gratuito para pago, especialmente em razão da pandemia do vírus causador da COVID-19. De mais a mais, reprisa a versão dos fatos delineada na contestação; em síntese, de que a ex adversa, livre e conscientemente, aderira ao serviço Programa Mais Clientes, sendo devidas, portanto, as contraprestações cobradas.

Recurso regularmente processado e contrarrazoado (fls. 342/364).

Ato contínuo, desencadeada a redistribuição em razão de v. acórdão proferido pela 5ª Câmara de Direito Privado, sob a relatoria do I. Desembargador Erickson Gavazza Marques, apontando competência de uma das Câmaras desta Subseção de Direito Privado III (fls. 373/380), aportaram os autos em gabinete no dia 19/03/2024.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

COOPEROURO - COOPERATIVA DE CONSUMO DOS MORADORES DA REGIÃO DOS INCONFIDENTES ajuizou a presente ação declaratória de inexistência de débitos c.c. pedido de indenização por danos morais em face de INTERPLAYERS SOLUÇÕES INTEGRADAS S/A.

Extrai-se que a pretensão se escora na alegação de que a ré vem realizando indevidas cobranças a título de contraprestações por disponibilização da plataforma Programa Mais Clientes, o qual, todavia, refere não haver contratado, a evidenciar a inexigibilidade dos débitos contra si perseguidos, no importe de R$ 2.433,20 na data do ajuizamento, e a imperiosidade de ser indenizada em R$ 10.000,00 pelos danos de ordem moral que lhe foram infligidos.

Aperfeiçoada a triangulação da relação jurídica processual, sobreveio a contestação de fls. 134/151.

Após a apresentação de réplica (fls. 76/80), fora reconhecida pelo E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais a incompetência para o processo e julgamen-

Acesso ao Sumário

to da ação em razão da existência de cláusula válida de foro de eleição (fls. 261/270).

Redistribuídos os autos na Capital deste Estado, no Foro Regional de Sant Amaro, sobreveio, então, a prolação da r. sentença objurgada, que, no âmbito delimitado pela devolutividade, empreendeu solução que reputo impassível de retoques, por se coadunar perfeitamente com os ditames do ordenamento jurídico pátrio.

Não obstante a relação *sub judice* não se submeta aos preceitos do Código de Defesa do Consumidor, consoante outrora já decidido (fls. 269), aplicação das regras ordinárias de distribuição do ônus probatório entre os atores parciais do processo conduz à inexorável constatação de que à ré competia demonstrar a existência da contratação que ensejou as cobranças.

Com efeito, não se afiguraria razoável exigir-se da autora comprovação de que não aderira ao Programa Mais Clientes, pois, tratando-se de fato negativo, constituiria verdadeira *probatio diabólica*. Perfaria, portanto, tratar de encargo impossível, nos termos do artigo 373, § 1º, do Código de Processo Civil.

Lado outro, não se vislumbra potencial dificuldade da ré em demonstrar a contratação, caso efetivamente tenha ocorrido, razão pela qual injustiça nenhuma há em se lhe atribuir tal ônus.

A apelante, todavia, não se desincumbiu satisfatoriamente do ônus processual que sobre si recai, visto que nenhum elemento jungiu que ao menos indicasse que a contraparte tenha contratado e usufruído dos serviços em questão, a tanto não se prestando as telas de sistema reproduzidas na contestação, em razão de sua unilateralidade.

É este, aliás, o entendimento perfilhado por esta C. Corte de Justiça, consoante testificam v. acórdãos que, recentemente prolatados em demandas análogas, também protagonizadas pela insurgente, estampam as seguintes ementas:

> "APELAÇÃO - Prestação de serviços - Ação declaratória de inexistência de relação jurídica - Sentença de procedência - Apelo da prestadora - Existência e regularidade da contratação - Ausência de prova nos autos - Prestadora que demonstrou a adesão da tomadora ao serviço intitulado "Portal da Drogaria", prestado gratuitamente, mas não ao "Portal Mais Clientes" ou "Programa Mais Clientes", este sim remunerado - Alegação de que a prova da inexistência da contratação era ônus da tomadora - Rejeição - Assim como provou a contratação de um dos serviços, era perfeitamente possível à prestadora a prova da contratação do outro - Tomadora que teria que provar fato negativo, cuja produção da prova beira a impossibilidade - Prestadora que deixou de juntar aos autos no momento oportuno documento comprobatório de suas alegações - Inteligência do artigo 434 do Código de Processo Civil - Inviabilidade de majoração dos honorários advocatícios em função de terem sido quantificados no patamar máximo legal em primeiro grau - Sentença mantida

Acesso ao Sumário

- Recurso DESPROVIDO" (27ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 1054019-32.2020.8.26.0100, Rel. Des. Luis Roberto Reuter Torro, d.j.: 20/06/2023).

"Apelação Cível. Ação de rescisão contratual cumulada com antecipação de tutela e restituição dos valores pagos e danos morais. Sentença de parcial procedência. Inconformismo da ré. Alegação de sentença ultra petita. Não acolhimento. Pedido de lucros cessantes que, apesar de não intitulado dessa forma, pode ser deduzido do aditamento à inicial. Realização de prova pericial contábil determinada de ofício. Juiz que é o destinatário da prova. Inteligência do art. 370 do CPC. Autora que se utilizava de serviço gratuito oferecido pela ré no "Portal da Drogaria" e passou a receber cobranças referentes ao serviço "Mais Cliente", oneroso. Ré que não comprovou a contratação dita realizada de forma on-line, tampouco sua utilização pela autora. Determinação de devolução dos valores indevidamente pagos. Laudo pericial conclusivo, que atende os requisitos do artigo 473 do CPC e que aponta a relação entre a redução do faturamento da autora e o bloqueio do "Portal da Drogaria", ocorrido por duas vezes. Indenização por lucros cessantes devida. Inteligência do artigo 402 do Código Civil em sua parte final. Alteração da realidade fática que desobriga a ré a continuar fornecendo o serviço "Portal da Drogaria", de forma gratuita. Sentença mantida. Honorários majorados. Recurso não provido" (23ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 1018502-66.2020.8.26.0002, Rel. Des. Helio Nogueira, d.j.: 15/02/2023).

Vale dizer, a ré não apresentou o instrumento contratual ou qualquer outro elemento de prova capaz de demonstrar a regularidade da contratação do Programa Mais Clientes, limitando-se a discorrer, de maneira genérica, sobre a adesão livre e consciente da autora a este, manifestada em seu sítio eletrônico.

Dessarte, a declaração de inexistência do débito era mesmo de rigor.

Cumpre destacar, por derradeiro, que a indignação quanto ao deslinde promovido em relação ao acesso da autora ao Portal da Drogaria nem sequer merece consideração. Não bastasse se pautar em genéricas e rasas assertivas, observado que nem sequer fora especificada a data a partir da qual o serviço deixou de ser gratuito, perfaz inaceitável inovação recursal, além de desbordar completamente dos limites objetivos da demanda, restritos que são à apuração da legitimidade das cobranças discriminadas na prefacial, que não controverteu a demandada lastrearem-se na questionada adesão ao Programa Mais Clientes, dessumindo-se, pois, a ilegalidade a restrição de acesso ao Portal da Drogaria, então gratuito, em razão de inadimplemento em serviço diverso.

Demais disso, a indignação não guarda congruência com o provimento jurisdicional, que ratificou a ordem de reestabelecimento do acesso da apelada a fim de que tenha acesso ao Programa de Benefícios em Medicamentos, caso a restrição do acesso decorra do não pagamento dos débitos discutidos na presente ação.

Acesso ao Sumário

Por todo o exposto, a r. sentença vergastada deve ser integralmente preservada.

Por fim, o resultado deste julgamento torna necessária a majoração dos honorários sucumbenciais devidos pela autora para 15%, percentual que engloba a remuneração do labor desempenhado nesta instância, preservada a base de cálculo definida no primeiro grau de jurisdição.

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

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007575-92.2021.8.26.0006, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SEVERINO ARAUJO DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U. Sustentou oralmente, pelo apelado, o advogado Paulo Guilherme Dario Azevedo.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53.619)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COUTINHO DE ARRUDA (Presidente) e MARCELO IELO AMARO.

São Paulo, 9 de abril de 2024.

MAURO CONTI MACHADO, Relator

Ementa: Responsabilidade civil. Ação declaratória cumulada com reparação de danos. Relação de consumo. Responsabilidade objetiva do prestador de serviços. Art. 14, da lei consumerista. Obrigação da instituição financeira de zelar pela segurança e idoneidade de sua atividade, adotando as cautelas necessárias para evitar a perpetração de fraudes. Não o fazendo, tem-se que a instituição financeira concorreu para o evento e assumiu os riscos inerentes à atividade. É ônus da instituição financeira impedir a consecução de operações incompatíveis com a movimentação usual de seu correntista, tais como as ocorridas no caso examinado, todas realizadas no dia. Caracterização de falha

Acesso ao Sumário

de segurança nos serviços bancários prestados pelos réus, a ensejar a inexistência das transações impugnadas e a reparação pelos danos materiais e morais. Ação julgada procedente em parte. Recurso a que se dá provimento em parte.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fl. 211/215, embargada e declarada às fls. 232/233, cujo relatório é adotado, que julgou improcedente a ação e condenou a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa.

A parte autora pede a inversão do resultado, reafirmando que foi vítima de fraude bancária, consistente na realização de transferências via PÌX. Prossegue afirmando que foram confeccionados novos cartão de débito e chave de segurança para sua conta bancária. Contudo, aduz que, mesmo após a realização de tais procedimentos, foi realizada nova transferência por PIX, totalizando R$ 8.963,60. Por fim, insiste na responsabilização da ré pela fraude narrada, pois a instituição não comprovou a regularidades das transações impugnadas. Entende, ainda, que é devida a reparação pelos danos morais.

Regularmente processado, preparado, o recurso foi impugnado, subindo os autos a esta instância para o reexame da matéria controvertida.

É a suma do necessário.

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso para permitir o seu conhecimento e julgamento.

Examinados os autos e respeitado o entendimento adotado pelo

MM. Juízo "a quo", tem-se que é caso de acolhimento da insurgência recursal.

A relação examinada é de consumo, e o Código de Defesa do Consumidor consagrou a responsabilidade objetiva e solidária dos fornecedores no tocante ao fato ou defeito do serviço, pelo que respondem eles "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" (art. 14), incluindo-se as instituições financeiras (Súmula nº 297 do C. STJ).

O mesmo dispositivo consagra que o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais, o modo de seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido (art. 14, § 1º).

No âmbito processual, é ônus do consumidor demonstrar o nexo de cau-

Acesso ao Sumário

salidade. Nesse sentido a lição do Professor Humberto Theodoro Júnior a respeito do tema:

> "Para as demandas intentadas no âmbito das relações de consumo existe regra especial que autoriza, em certos casos, a inversão do ônus da prova, transferindo-o do autor (consumidor) para o réu (fornecedor) (art. 6º, VIII, do CDC). Não se pode, todavia, entender que o consumidor tenha sido totalmente liberado do encargo de provar o fato constitutivo do seu direito, nem que a inversão especial do CDC ocorra sempre, e de maneira automática, nas ações de consumo. Em primeiro lugar, a lei tutelar do consumidor condiciona a inversão a determinados requisitos (verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor), que haverão de ser aferidos pelo juiz para a concessão do excepcional benefício legal. Em segundo lugar, não se pode cogitar de verossimilhança de um fato ou da hipossuficiência da parte para prová-lo sem que haja um suporte probatório mínimo sobre o qual o juiz possa deliberar para definir o cabimento, ou não, da inversão do ônus da prova.
>
> Ao réu, segundo a melhor percepção do espírito da lei consumerista, competirá provar, por força da regra "sub examine", não o fato constitutivo do direito do consumidor, mas aquilo que possa excluir o fato da esfera de sua responsabilidade, diante do quadro evidenciado no processo, como, v.g., o caso fortuito, a culpa exclusiva da vítima, a falta de nexo entre o resultado danoso e o produto consumido etc. Se, entretanto, o autor não tiver trazido ao processo qualquer prova do dano que afirma ter sofrido e nem mesmo elementos indiciários do nexo entre esse dano e o produto ou serviço prestado pelo fornecedor demandado, impossível será realizar o juízo que o art. 6º, VIII, do CDC, exige do magistrado para carrear o ônus da prova ao réu. Sem prova alguma, por exemplo, da ocorrência do fato constitutivo do direito do consumidor (autor), seria diabólico exigir do fornecedor (réu) a prova negativa do fato passado fora de sua área de conhecimento e controle. Estar-se-ia, na verdade, a impor prova impossível, a pretexto de inversão de "onus probandi", o que repugna à garantia do devido processo legal, com as características do contraditório e ampla defesa." (Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento vol. I Humberto Theodoro Júnior Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.640).

Em outras palavras, ao pretender responsabilizar os prestadores de serviços, subsiste ao consumidor o ônus de demonstrar que a conduta dos fornecedores, ou seus produtos e serviços, tem relação (nexo de causalidade) com os danos por ele sofridos.

No caso de fato do serviço, portanto, é necessária a demonstração da relação de causa e efeito entre a conduta do prestador (falha de segurança na prestação do serviço) e o dano causado. Existindo essa relação no caso concreto, o

Acesso ao Sumário

serviço será tido por defeituoso.

À luz dessas considerações, resta questionar se, no caso dos autos, os serviços bancários prestados pelo banco réu seriam de fato defeituosos, isto é, se não forneceriam a segurança que o autor esperava (art. 14, § 1º do CDC).

Sem mais delongas, a resposta é positiva.

E isto porque as operações realizadas pelos criminosos fogem claramente ao perfil do autor, em conformidade com os extratos bancários apresentados a fl. 29/30.

Assim, nota-se que o banco agiu culposamente ao não se atentar para movimentações "estranhas" na conta do autor, especialmente, pelo fato de já existir alerta de transação suspeita ocorrida anteriormente, ocorreu um PIX no valor de R$ 4.500,00 em 29/04/2021 e outro, no mesmo valor, em 17/05/2021, mesmo após troca de senha bancária e cartão de débito.

Nesse contexto, extrai-se que a conduta do réu, e bem assim os serviços por ele prestado, eivados de falha de segurança, contribuíram para a ocorrência do dano patrimonial sofrido pelo autor, sendo o caso de se impor a restituição dos valores reclamados pela parte autora (fls. 16), de forma simples, corrigidos pela Tabela Prática deste E. Tribunal desde a retirada da conta do autor e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação.

Prosseguindo, assiste parcial razão à parte autora no tocante à pretensão reparatória por danos morais.

O dano moral indenizável é o sofrimento humano, a dor, a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem, alcançando os direitos da personalidade, existindo danos morais que se presumem e que a obrigação de indenizar decorre da própria violação do direito personalíssimo, sem cogitar-se da prova da existência do dano, havendo, no entanto, outros que devem ser provados, não bastando a mera alegação (ver JTJ-Lex 167/44).

A indenização por danos morais, portanto, deve ser destinada às hipóteses de violação do direito à dignidade, à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, conforme art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal, sob pena de banalização do instituto.

Neste aspecto ainda, no julgamento do Resp 215.666 - Rel. o Min. CÉSAR ASFOR ROCHA a 4ª Turma fez destacar que "o mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige."...". (Min. Fernando Gonçalves)".

No caso dos autos, é evidente que o abalo psicológico sofrido pela autora ultrapassa os limites atinentes aos meros aborrecimentos cotidianos que, indiscutivelmente, fazem parte do convívio em sociedade civilizada. Também não ficam restritos à esfera patrimonial, já que a perspectiva de ter de arcar com sérios prejuízos financeiros em razão de falha de segurança bancária, aliada à

Acesso ao Sumário

ação criminosa anterior, não pode ser considerada como algo corriqueiro e sem maiores repercussões anímicas na pessoa humana.

Não há que se falar, assim, em dissabor tolerável.

No que pertine ao montante da verba indenizatória, cumpre salientar que o dano moral, "se não é verdadeiramente, dano suscetível de fixação pecuniária equivalencial, tem-se de reparar eqüitativamente" (Pontes de Miranda)1. In casu, é aplicável a teoria do valor do desestímulo em que o quantum fixado deve ser de valor hábil a incutir naquele que agiu incorretamente uma repercussão tal que iniba a sua conduta antijurídica, impedindo a reiteração de seu ato, levando-se sempre em conta a capacidade patrimonial do causador do dano e daquele que o sofreu, com o escopo de não transformar também tal evento em enriquecimento sem causa.

Daí porque se devem relevar para esse fim os princípios da proporcionalidade e o da razoabilidade, relevados, ainda, os efeitos em concreto produzidos pelo ato lesivo na órbita jurídica da vítima, de maneira que a quantia acolhida como devida sirva a indenizar e ressarcir - sancionatória e educativa. É dizer, deverá corresponder tanto à coerção para que o transgressor, punido, entenda que é melhor pautar o seu comportamento de forma inversa, respeitando a norma, e, ainda, propicie à vítima uma satisfação material pelo dano extrapatrimonial sofrido, sem que dele advenha, é certo, o enriquecimento sem causa.

Enfim, em atenção ao cunho satisfativo-punitivo de que se revestem as indenizações por dano moral, observados, ainda, os critérios da razoabilidade e proporcionalidade que norteiam o seu arbitramento, se afigura, de rigor, a condenação do réu ao pagamento da quantia de R$ 10.000,00, que deverá ser devidamente atualizada pelos índices da Tabela Prática deste E. Tribunal de Justiça, a partir deste julgamento, e acrescida de juros moratórios de 1% ao mês, a contar da citação, vez que se trata de dano originário de relação contratual (falha na prestação de serviço).

Por todo o exposto, vale destacar a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo, que, aliás, foi recentemente consolidada pela Presidência da Seção de Direito através da publicação do Enunciado nº 14, aprovado pela Colenda Turma Especial da Subseção II de Direito Privado em sessão realizada aos 22 de setembro de 2022 (DJE de 18/10/2022):

> "Na utilização do PIX, havendo prática de delito ou fraude por terceiros, em caso de fortuito interno, a instituição financeira responde pelas indenizações por danos materiais e morais quando evidenciada a falha na prestação de serviços, falhas na segurança, bem como desrespeito ao perfil do correntista aplicáveis as Súmulas nº 297 e 479, bem como a tese relativa ao tema repetitivo nº 466, todas do STJ".

Ainda a reforçar as conclusões aqui exaradas, cabe citar alguns julgados deste E. Tribunal em casos semelhantes e recentes, dentre tantos:

Acesso ao Sumário

"APELAÇÃO. Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por danos materiais e morais e pedido de tutela de urgência. Furto do aparelho celular. Empréstimos fraudulentos realizados mediante o uso do aplicativo do Banco Bradesco e transferências via PIX, algumas para a conta corrente inativa da autora junto ao Banco BS2 e repasses dos valores a terceiros. Alegação de ilegitimidade passiva se confunde com o mérito e com ele é decidida. Não há que se falar em litisconsórcio passivo necessário com os terceiros, beneficiários da fraude, já que a ação visa a discutir a responsabilidade pela segurança das contas em questão. Operações desconhecidas realizadas mediante uso de senha pessoal e chave PIX. Instituições financeiras que não demonstraram ter a autora realizado as operações negadas por ela. Gastos que fogem ao perfil de consumo da cliente e foram realizados, seguidamente, de forma atípica. Falha na prestação do serviço caracterizada. Dever de restituição dos valores. Responsabilidade objetiva das instituições financeiras. Incidência do art. 14 do CDC. Dano moral caracterizado. Valor arbitrado bem fixado. Sentença de parcial procedência mantida. Recursos não providos".
(Apelação nº 1002004-24.2022.8.26.0001, Rel. Des. Décio Rodrigues, 21ª Câmara de Direito Privado, julgado em 13/02/2023).

"Ação declaratória cc. indenizatória de danos morais e materiais - furto do aparelho celular do requerente, pelo qual foram feitas diversas transferências bancárias em curto período - banco requerido que não comprovou a validade das transações e que o aplicativo de celular seja guarnecido com meios de assegurar a identidade de quem tenta realizar transações bancárias à distância - segurança que se espera do referido serviço bancário não comprovada no caso - responsabilidade civil caracterizada pela falha na prestação de serviços - danos materiais comprovados - danos morais caracterizados na hipótese - demanda procedente - sentença mantida - recurso improvido." (Apelação nº 1028892-24.2022.8.26.0100, Rel. Des. Jovino de Sylos, 16ª Câmara de Direito Privado, julgado em 31/01/2023).

"RESPONSABILIDADE CIVIL - Comprovado o defeito de serviço da parte ré, consistente em no descumprimento do dever de resguardar a segurança da conta bancária da parte autora contra a ação de fraudadores, falha de serviço esta que permitiu transferência de valores da parte cliente a fraudadores, após o furto do aparelho celular da correntista, e não configurada nenhuma excludente de responsabilidade, de rigor, o reconhecimento da responsabilidade e a condenação do banco réu na obrigação de indenizar a correntista pelos danos decorrentes do ilícito em questão. DANO MORAL - Reforma da r. sentença recorrida para condenar a parte ré ao pagamento de indenização por dano moral fixada na quantia de R6.510,00, com incidência de correção monetária a partir do arbitramento - A retirada de valores da conta corrente da cliente

Acesso ao Sumário

decorrente de cobrança indevida, por defeito de serviço, bem como a necessidade dela de ingressar em Juízo para obter a solução de defeito de serviço da parte ré fornecedora, por descumprimento do dever de segurança patrimonial de seus clientes, constitui fato suficiente para causar desequilíbrio do bem-estar e sofrimento psicológico relevante, e não mero aborrecimento, porque expõe a parte consumidora a situação de sentimentos de humilhação, desvalia e impotência. Recurso provido, em parte".

(Apelação nº 1026056-70.2021.8.26.0405, Rel. Des. Rebello Pinho, 20ª Câmara de Direito Privado, julgado em 09/02/2023).

"AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM INDENIZATÓRIA - FURTO de aparelho celular - TRANSAÇÕES (TRANSFERÊNCIAS via pix) - AUTOR - NÃO RECONHECIMENTO - RÉUS - REGULARIDADE - NÃO COMPROVAÇÃO - RELAÇÃO DE CONSUMO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - ART. 6º, VIII, dA LEI 8.078/90 - SERVIÇO - MÁ PRESTAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DA LEI 8.078/90 E DA SÚMULA 479 DO STJ - DANO MATERIAL - AUTOR - DIREITO AO RESSARCIMENTO INTEGRAL - PRESERVAÇÃO DO "STATUS" PATRIMONIAL. APELO DOS RÉUS NÃO PROVIDO".

(Apelação nº 1045485-31.2022.8.26.0100, Rel. Des. Tavares de Almeida, 23ª Câmara de Direito Privado, julgado em 01/02/2023).

"APELAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - FRAUDE BANCÁRIA - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - Subtração de telefone celular, seguida de acesso a aplicativos, contratação de empréstimo - Responsabilidade objetiva pelo risco-proveito decorrente da exploração de atividade de risco - Súmula 479, c. STJ - Ausência de prova de que o correntista teria negligenciado senhas ou informações pessoais sensíveis - Realização de operação bancária que destoa do perfil de consumo do autor, sem que isso tenha gerado qualquer alerta - Dever de reparação integral - Contrato de empréstimo inexigível, imposta a repetição simples do que indevidamente descontado ou cobrado - Danos morais verificados - Réu condenado ao pagamento de indenização no valor de R$ 7.000,00 (sete mil reais) SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO, POR MAIORIA DE VOTOS".

(Apelação nº 1004305-51.2021.8.26.0009, Rel. Des. Sergio Gomes, 37ª Câmara de Direito Privado, julgado em 31/01/2023).

Diante de tal quadro, de rigor o acolhimento em parte do apelo da parte autora, reformando-se a r. sentença, para determinar a devolução das transferências impugnada, corrigidos a partir de cada desembolso e com juros de mora a partir da citação, e, por fim, para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$10.000,00, atualizada e acrescida de juros de mora, nos termos da fundamentação. Condena-se, ainda, o banco ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Acesso ao Sumário

Por fim, já é entendimento pacífico o de que não está obrigado o julgador a citar todos os artigos de lei e da Constituição Federal para fins de prequestionamento. Sendo assim, ficam consideradas prequestionadas toda a matéria e disposições legais discutidas pelas partes.

Posto isto, dá-se provimento em parte ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1098876-95.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO SAFRA S/A, é apelado ASISTO DESENVOLVIMENTO DE SISTEMA LTDA.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o advogado Gabriel Henrique Alexandre", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4185)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ISRAEL GÓES DOS ANJOS (Presidente) e SERGIO GOMES.

São Paulo, 8 de abril de 2024.

ERNANI DESCO FILHO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Contrato Bancário. Empréstimo com antecipação de recebíveis garantidos por duplicatas. Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenização por Dano Moral. Sentença de parcial procedência. Insurgência do Banco Requerido. Parcial cabimento. BLOQUEIO DE CONTA CORRENTE. Medida infundada. Autora apresentou elementos suficientes para demonstrar o bloqueio de valores em sua conta corrente. Banco requerido que não comprovou a falta de garantia, débito da empresa superior às duplicatas cedidas ou a irregularidade dos títulos, a justificar o bloqueio. Alegação da Requerente em sua inicial, de que houve alteração do modo de pagamento para boleto bancário, que não foi impugnada especificamente pelo Banco. Irregularidade do bloqueio corroborado pelo posterior desbloqueio de parte dos valores. Banco requerido que não se desincumbiu do seu ônus de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da Autora (CPC, art. 373, II).

DANO MORAL. Inocorrência. Necessidade de prova

Acesso ao Sumário

concreta do dano, na esteira do entendimento do c. STJ (Recurso Especial 1.637.629/PE). Pessoa jurídica que não demonstrou violação à sua honra objetiva, que compreende sua reputação, seu bom nome e sua fama perante a sociedade e meio profissional. Fatos narrados na inicial que se limitam à irregularidade do bloqueio da conta corrente. Transtornos para solução do problema que dizem respeito apenas às pessoas físicas. Pessoa jurídica é incapaz de sofrer questões existenciais ou de ordem psíquica. Alegação de adversidades para pagamento de terceiros e funcionários que, embora possível, está desprovida de qualquer prova. Inicial que sequer delimitou o intervalo de tempo que perdurou o bloqueio. Sentença reformada para afastar o reconhecimento de dano moral indenizável. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

VOTO

Cuida-se de **APELAÇÃO** interposta contra a r. sentença de fls. 201/204 pela qual **JULGADOS PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos deduzidos em **AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL** para condenar o Réu ao pagamento de indenização de R$10.000,00 à Autora, a título de dano moral, com correção monetária desde o arbitramento e juros de mora de 1% *a.m.* desde a citação.

Recorre o Réu, buscando a reforma da sentença a fim de que julgados improcedentes os pedidos ou, subsidiariamente, afastada ou reduzida a indenização por dano moral. Sustenta, em resumo, o seguinte: **[i]** em que pese o MM. Juízo *a quo* ter entendido pela ausência dos requisitos formais para recusa das duplicatas, é de rigor o reconhecimento do descontrole financeiro da recorrida, que ao longo dos últimos 12 meses teve 20 títulos recusados, consoante comprovação do SERASA; **[ii]** desincumbiu-se do seu ônus probatório, pois demonstrou que apresentou as duplicatas a serem recusadas, com identificação do motivo; **[iii]** a própria recorrida confessa que as duplicatas não foram aceitas; **[iv]** a cobrança realizada constitui exercício regular de direito; **[v]** o dano moral não é presumido no caso, pois não houve ilícito por parte do banco, e não foi comprovado; e **[vi]** o valor de R$10.000,00 é deveras elevado e comporta redução (fls. 209/217).

Contrarrazões apresentadas pela parte Apelada (fls. 229/243).

Por fim, a Apelada manifestou oposição ao julgamento virtual (fls. 249 e 251).

Comprovada a tempestividade e o recolhimento do preparo recursal (fls.

Acesso ao Sumário

218/219), recebo a apelação nos seus regulares efeitos.

É o Relatório.

O recurso comporta <u>parcial</u> provimento.

Trata o caso dos autos de ação cominatória c/c indenizatória proposta pela Apelada, pessoa jurídica que mantém relacionamento bancário com o banco Apelante. Alegou na inicial, em resumo, ter firmado (20/04/2022) com o Réu contrato de empréstimo com antecipação de recebíveis garantidos por duplicatas, sendo que, em "determinado momento", o banco informou que as duplicatas não poderiam ser aceitas e, em que pese não darem baixa nos títulos ou excluírem das contas vinculadas, bloqueou R$80.000,00 na conta bancária vinculada. Asseverou que a indisponibilidade se deu de maneira arbitrária e injustificada, inclusive com impedimento de acesso ao sistema para conferência. Ressaltou que, conforme previsto no contrato, o bloqueio só ocorreria se houvesse saldo devedor, o que não ocorreu. Disse que após reclamações no serviço de atendimento ao cliente, na ouvidoria e no Banco Central do Brasil houve desbloqueio da maior parte do valor, restando, ainda, R$7.400,00 bloqueados.

Citado, o banco apresentou contestação e, em julgamento antecipado do mérito, sobreveio a r. sentença de parcial procedência dos pedidos, sob os seguintes e principais fundamentos:

"*As partes celebraram contratos de empréstimo em que é feita, como garantia, a cessão fiduciária de duplicatas. (...)*

Para que fosse possível o bloqueio de valores em conta deveria a parte Ré comprovar falta de garantia ou existência de débito superior às duplicatas cedidas, demonstrando, especificamente, o motivo pelo qual as duplicatas entregues em garantia não foram aceitas pela parte a justificar a adoção de contra-cautela que impacta, imediatamente, na movimentação da conta bancária da parte autora.

A parte ré, intimada pela decisão de fl. 182 a apresentar a "lista de duplicatas não aceitas, apontando, em relação a cada uma, a ausência do requisito formal que ensejou a recusa", limitou-se a identifica-las, sem, no entanto, esclarecer, especificamente, o motivo de recusa de cada duplicata ou, ainda, a existência de garantia inferior ao débito que a parte possuía junto à ré, não demonstrando, pois, a regularidade da conduta que ensejou o bloqueio de crédito e, consequentemente, impactou no fluxo de caixa da requerida.

A situação gerou, na pessoa jurídica, dano à honra, frente a impossibilidade de arcar com obrigação assumida com terceiros, de modo que o reconheço o direito a indenização.

Considerando a capacidade econômica das partes, e os valores objeto do contrato, entendo suficiente para compensar o dano sofrido à moral o arbitramento de indenização no montante de R$ 10.000,00, que, con-

Acesso ao Sumário

soante súmula n. 54, do Superior Tribunal de Justiça, será acrescido de juros moratórios de 1% ao mês desde a citação.

Ante o exposto e por tudo mais que consta dos autos, com fundamento no artigo 487, inciso I, do código de Processo Civil, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação para CONDENAR a ré ao pagamento de indenização à autora no valor de R$ 10.000,00, que sofrerá correção monetária a partir desta data e a incidência de juros moratórios de 1% ao mês a contar da citação.

As duas partes sucumbiram. Dividem em igualdade as custas, despesas do processo e cada uma remunera o advogado da parte contrária. Fixo honorários advocatícios, por equidade, em R$ 2.500,00."

Em que pese o reclamo, a sentença não comporta reparo quanto à conduta ilícita do banco ao bloquear recursos da pessoa jurídica.

A propósito, a Autora apresentou elementos suficientes a indicar que houve o bloqueio dos valores em sua conta corrente, a saber: tela sistêmica de bloqueio de R$7.400,00 (fls. 50); conversa mantida com funcionário do banco (fls. 47/49); tela sistêmica indicando R$582,00 em aberto que, porém, segundo ela, diziam respeito a conta corrente de sócio pessoa física sem relação com a conta vinculada da Apelada (fls. 46); e tela sistêmica indicando impossibilidade de acessar o sistema para consulta dos títulos (fls. 4).

Não obstante tais realidades, como bem ressaltou o MM. Juízo *a quo*, o Apelante não comprovou a falta de garantia ou existência de débito superior às duplicatas cedidas, com demonstração do motivo da não aceitação da garantia, a justificar o bloqueio da conta vinculada da empresa.

Inclusive, foi determinado em decisão saneadora (fls. 182) que o Réu procedesse à discriminação das duplicatas não aceitas, o que não foi devidamente cumprido, a despeito do alegado.

Ademais, sobreleva que a Autora alegou em sua inicial (fls. 5) que o banco permitiu a mudança da forma de pagamento do empréstimo, passando a realizá-lo por meio de boleto bancário mensal, de maneira que, para ocorrer a compensação automática na conta vinculada, era imperioso que se informasse à empresa o motivo do bloqueio de forma prévia.

Note-se que em sua contestação (fls. 82/90) a instituição financeira não impugnou especificamente tal alegação.

A sobredita falha na prestação do serviço é corroborada pelo posterior desbloqueio de parte substancial do valor, restando apenas R$7.200,00, segundo narra a Autora na inicial.

Outrossim, como bem ressaltado em contrarrazões, a tese do histórico financeiro dos clientes da Apelada é indevida inovação recursal que, portanto, não pode ser analisada e, por outro lado, fica claro que em momento algum a Autora assumiu o inadimplemento de seus clientes, mas apenas o presumiu em

Acesso ao Sumário

razão da não aceitação das garantias.

Dados os sobreditos fundamentos, inegável que a Autora se desincumbiu do seu ônus de provar o fato constitutivo do seu direito, ao passo que o Réu não demonstrou a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo (CPC, art. 373, I e II), razão pela qual, era mesmo caso de reconhecimento da ilicitude do bloqueio por parte do Réu.

Não obstante, respeitada a convicção do MM. Juízo *a quo*, entendo que **não houve a comprovação de dano moral indenizável *in casu*.**

Com efeito, na esteira do entendimento do c. Superior Tribunal de Justiça, conquanto se admita o reconhecimento de dano moral às pessoas jurídicas, é imprescindível prova concreta a esse respeito, ainda que se utilize presunções e regras de experiência para o julgamento (REsp n. 1.637.629/PE, relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 06/12/2016).

Ademais, o dano moral das pessoas jurídicas corresponde à violação da sua honra objetiva, que compreende sua reputação, seu bom nome e sua fama perante a sociedade e o meio profissional, também conhecido como "patrimônio moral" (REsp n.º 1.637.629), e deve-se frisar que não há como a pessoa jurídica sofrer questões existenciais ou de ordem psíquica.

Consideradas tais premissas, sobreleva que, no caso dos autos, dos fatos narrados na inicial (fls. 15 e ss.) não se pode extrair efetivo dano moral à empresa Autora. Veja-se que os seus argumentos foram, em essência, no sentido de que a conduta do banco foi "arbitrária" e "ilícita", ressaltando ainda que teve que "desgastar seu tempo para resolver uma situação não causada por ele". Alega, ainda, que houve "violação à boa-fé contratual" que ensejou problema que "ultrapassa um problema simples".

Do que se nota, não houve qualquer demonstração de violação à honra objetiva da empresa, mas apenas transtornos decorrentes do bloqueio. Inclusive, o eventual tempo gasto para solução dos problemas, ao menos em tese, poderia implicar em dano moral para alguma pessoa física, mas não à pessoa jurídica.

Ressalta-se que a única justificativa que poderia ser considerada é a relativa ao impedimento de cumprimento das obrigações da empresa, notadamente junto aos seus funcionários.

Entretanto, a inicial não traz sequer o período durante o qual perdurou o bloqueio, quanto mais prova de que houve violação da honra objetiva perante fornecedores, terceiros ou empregados, o que não pode ser presumido.

Logo, por inexistir a comprovação do dano, não há que se falar em indenização.

Nesse sentido, aliás, *mutatis mutandis*, julgados desta e. Corte, inclusive desta c. Câmara:

"*Ação de obrigação de fazer e indenização por danos materiais e morais - Bloqueio unilateral de conta e retenção de valores por parte da*

Acesso ao Sumário

*ré em face da empresa autora - Código de Defesa do Consumidor - Não incidência - Ausência da condição de destinatário final - Artigo 2º, CDC - Condição das partes - Empresa autora que desenvolve atividade profissional de venda de produtos e acessórios eletrônicos em ambiente virtual 'e-commerce', utilizando-se da conta mantida pela ré para o exercício de sua atividade empresarial - Incidência da norma consumerista e a decorrente inversão do ônus da prova afastadas. Astreintes - Natureza de tutela jurisdicional assecuratória do cumprimento da ordem judicial - Fixação para realização de desbloqueio da conta e liberação dos valores retidos - Obrigações já comprovadamente cumpridas pela parte ré após a concessão da tutela antecipada - Multa - Descabimento - Impossibilidade de incidência da sanção sem elementos que a justifiquem, sob pena de desvirtuamento de sua natureza coercitiva em sancionatória - Exclusão da multa - Possibilidade - Inteligência do artigo 537, § 1º e inc. I e II, do CPC - STJ - Artigo 1.036 do CPC - REsp 1.333.988/SP "Decisão que comina astreintes não preclui, não fazendo tampouco coisa julgada" - Multa coercitiva (astreinte) afastada - Pretensão recursal acolhida, neste tocante - **Danos morais - Bloqueio injustificado e indevido de conta com retenção de saldo depositado - Pessoa jurídica - Ausência de prova de circunstância que atinja a dignidade da pessoa jurídica** -Limitação da extensão dos direitos da personalidade - Artigo 52 do Código Civil e Súmula 227/STJ - Prova da culpa e responsabilidade pela situação da empresa - Prova do dano efetivo - **Ofensa à sua honra objetiva, ou seja, imagem externa, conceito, reputação - Não reconhecimento - Impossibilidade de sua configuração 'in re ipsa' e ausência de prova de dano extrapatrimonial ao patrimônio da empresa - STJ, REsp nº 1637629/PE** - Compensação descabida e indevida - Condenação afastada - Pretensão recursal acolhida, neste tocante. Danos materiais e lucros cessantes - Ato ilícito decorrente do descumprimento injustificado da relação contratual pela ré - Elementos dos autos que demonstram que tanto a retenção indevida do saldo como o bloqueio da conta ocasionaram prejuízo à atividade empresarial da autora - Valores retidos já depositados nos autos - Lucros cessantes a serem apurados em sede de liquidação de sentença - Cabimento - Impacto na atividade empresária demonstrada pela queda vertiginosa no número de acessos à loja virtual da autora após o bloqueio impedir o pagamento do serviço de publicidade "Google ADS" - Apuração que deverá se pautar, entretanto, nos valores recebidos pelas vendas no mesmo período do ano anterior ao bloqueio indevido em discussão, cabendo à ré colacionar aos autos os respectivos extratos da conta por ela mantida - Sentença ajustada - Parcial provimento da ação - Sucumbência recíproca caracterizada. Recurso provido em parte.*"

Acesso ao Sumário

(TJSP; Apelação Cível 1013653-77.2022.8.26.0100; Relator (a): Henrique Rodriguero Clavisio; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 12ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/04/2023; Data de Registro: 24/04/2023) (grifei e destaquei)

"*RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - BLOQUEIO DE CONTA CORRENTE - ALEGAÇÃO DE DANOS MATERIAIS NO VALOR DE R$ 15.000,00 - NÃO COMPROVAÇÃO - AUTORA NÃO PROVOU O FATO CONSTITUTIVO DE SEU DIREITO - **DANOS MORAIS - PESSOA JURÍDICA - INOCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE PROVA DE DANO À HONRA OBJETIVA - MERO ABORRECIMENTO QUE NÃO GERA OFENSA MORAL** - AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE - RECURSO IMPROVIDO.*" (TJSP; Apelação Cível 1031462-56.2016.8.26.0564; Relator (a): Paulo Roberto de Santana; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Bernardo do Campo - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/06/2017; Data de Registro: 19/06/2017).

Assim sendo, **a sentença deve ser reformada para afastar a condenação do Apelante ao pagamento de indenização por dano moral**, mantida a sucumbência recíproca e os honorários fixados por equidade em R$2.500,00.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001428-97.2021.8.26.0346, da Comarca de Martinópolis, em que é apelante BANCO C6 S/A, é apelado ALFREDO SERRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41525)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente), FERNANDO SASTRE REDONDO e FLÁVIO CUNHA DA SILVA.

São Paulo, 16 de abril de 2024.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Sentença de pro-

Acesso ao Sumário

cedência - Recursos do corréu - Falsidade da assinatura aposta em contrato de empréstimo consignado, conforme conclusão do laudo pericial - Fraude na contratação - Fortuito interno - Responsabilidade do banco réu - DANO MORAL - Responsabilidade configurada - Responsabilidade objetiva da instituição financeira por fortuito interno decorrente de fraude - Inteligência da Súmula 479 do C. STJ - Dano "in re ipsa" - Dever de indenizar o dano de cunho extrapatrimonial - Valor fixado em R$ 4.000,00 que cumpre as funções pedagógicas e lenitivas do instituto, não comportando redução - RESTITUIÇÃO - Valores indevidamente descontados devem ser restituídos de forma simples quanto aos descontos ocorridos até 30.03.2021, e em dobro quanto aos descontos posteriores, conforme termo da modulação no julgamento de recursos repetitivos (Tema 929) - COMPENSAÇÃO - Cabível a compensação de débitos e créditos entre as partes, para que não haja enriquecimento sem causa - Sentença parcialmente reformada - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO

VOTO

1.- A sentença de fls. 293/298, com complementação às fls. 322/323. cujo relatório é adotado, julgou procedente a presente ação para: **a) declarar** a inexistência dos contratos de empréstimo consignado nº 010014069809 e nº 010014283984, confirmando a tutela antecipada; **b) condenar** o requerido a restituir, em dobro, os valores indevidamente descontados da parte autora, que deverão ser corrigidos monetariamente pela da Tabela Prática do TJSP e juros de mora de 1% ao mês, ambos a partir de cada desembolso (Súmulas 43 e 54 do STJ), cujo valor deverá ser apurado em liquidação de sentença; **c) condenar** o banco requerido a pagar ao autor a importância de R$ 4.000,00 (quatro mil reais) a título de indenização por danos morais, com incidência de juros da mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da data do evento danoso (16/11/2020) (Súmula 54 do STJ) e correção monetária, pela Tabela Prática do TJSP, a partir da data desta sentença (Súmula 362 do STJ). Em razão da sucumbência, condenou o banco requerido no pagamento das custas e despesas processuais, mais honorários advocatícios ao patrono da parte autora, fixados, nos termos do artigo 85, §2º, do Código de Processo Civil, em 10% sobre o valor total da condenação

Apelou o banco réu às fls. 326/343. Pretende a reversão do julgado com

Acesso ao Sumário

a improcedência da ação. Alega a regularidade da contratação e que não houve má-fé da instituição bancária, afirma que o valor dos empréstimos foi depositado na conta do autor e que foi vítima de fraudadores, assim como o autor. Discorre sobre a inexistência de danos morais e impossibilidade de restituir, em dobro, os valores descontados em decorrência do empréstimo. Por fim, requer que seja determinada a compensação entre os valores devidos pelas partes.

Recurso tempestivo, preparado (fls. 344/346) e respondido (fls. 350/371).

É o relatório.

2.- Cuida-se de ação declaratória de inexistência de débito e indenização por danos materiais e morais, por meio da qual o autor afirma que foi surpreendido com descontos mensais em seu benefício previdenciário referente a parcelas de empréstimos que não contratou.

Em contestação, o réu sustentou a legitimidade da cobrança e das Cédulas de crédito bancário e que não houve qualquer ilegalidade na contratação. Apresentou documentos (fls. 65/157).

Como bem apontado na r. sentença, a perícia grafotécnica concluiu que as assinaturas apostas nos contratos não pertencem ao autor, conforme conclusão do laudo pericial às fls. 245/267.

Constatada a falsidade na assinatura, é inequívoco que houve fraude na contratação, configurando-se a responsabilidade do banco pelo chamado fortuito interno, razão pela qual deve ser mantida a inexistência dos referidos contratos.

Com relação à responsabilidade do banco requerido pelos prejuízos sofridos pelo apelado, vítima da fraude, as alegações trazidas nas razões recursais, na verdade, podem ser entendidas como reiteração daquelas matérias de direito e/ou de fato já resolvidas, razão pela qual é mesmo desnecessária qualquer modificação na fundamentação contida na sentença.

A doutrina e a jurisprudência dos nossos Tribunais têm posicionamento dominante que, em matéria de responsabilidade civil das instituições financeiras, aplica-se a teoria do risco profissional. O banco, ao disponibilizar os serviços aos seus clientes, assume os riscos inerentes à sua atividade lucrativa.

Esse é o entendimento de *Rui Stoco*:

"(...) o banco, como depositário do numerário confiado à sua guarda, responde por esses valores, independentemente de qualquer indagação ou circunstância, por força da teoria da guarda da coisa, quando assume obrigação de guardar e manter a incolumidade do bem, tendo em vista que a responsabilidade deve recair sobre quem aufere os lucros com a utilização da riqueza alheia.

De sorte que, se houver estelionato, fraude, furto ou roubo, de modo a privar o correntista dos valores depositados, a responsabilidade do banco é objetiva, não se indagando acerca da culpa." (Tratado de Responsabilidade Civil. 6ª edição, RT, 2004, p. 627).

A propósito, confira-se o que estabelece a Súmula 479 do Superior Tri-

Acesso ao Sumário

bunal 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*".

Evidente, portanto, a responsabilidade do banco, que deve suportar os riscos de sua atividade.

Ademais, o descuido do requerido quanto às cautelas de segurança para a assinatura de contrato de mútuo é incompatível com a seriedade da atividade bancária e resultou em transtornos e abalos que ultrapassam a esfera do mero aborrecimento tolerável no cotidiano.

Reconhecido, portanto, o ato ilícito praticado pelo réu, o dano moral e o nexo causalidade entre o ato e prejuízo dele decorrente, de rigor a manutenção da condenação por dano moral.

O sofrimento experimentado tem relação com a errônea conduta dos réus, devendo o dano moral ser quantificado em face daquele ser maior ou menor, sem levar em consideração, propriamente dito, o valor relativo à discussão.

Por outro lado, o quantum indenizatório deve ser fixado dentro dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não podendo ser exorbitante, sob pena de enriquecimento ilícito, nem tampouco inexpressivo, sob pena de esvaziamento da finalidade do instituto.

Deve levar em consideração o porte econômico das partes, as características do ofensor e do ofendido e as circunstâncias em que se deu o evento, cumprindo as finalidades pedagógica, sancionatória e lenitiva, de modo que o valor de R$ 4.000,00 (quatro mil reais), diante das peculiaridades do caso concreto, revela-se adequado e não comporta redução.

A respeito, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

"AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E RESTITUIÇÃO DE VALORES - **Contrato bancário - Refinanciamentos de empréstimo consignado celebrados em nome da Autora - Impugnação à autenticidade das contratações - Prova pericial que corrobora a tese de nulidade dos ajustes - Declaração de inexigibilidade do débito - Hipótese em que a falsidade de assinatura foi constatada com a realização de perícia - Danos morais caracterizados, em razão da falsificação da assinatura e dos descontos no benefício previdenciário - Majoração do montante indenizatório para R$ 10.000,00 - Restituição dos valores indevidamente descontados, na forma simples** - Sentença confirmada neste ponto - Recurso parcialmente provido." (TJSP; Apelação Cível 1004822-32.2019.8.26.0072; Relator (a): Mario de Oliveira; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bebedouro - 2ª Vara; Data do Julgamento: 29/03/2022; Data de Registro: 29/03/2022)

Em se tratando de dano moral oriundo de responsabilidade extracontratual, os juros incidem a partir do evento danoso, ou seja, a data do primeiro desconto indevido, a teor da Súmula 54 do STJ, *in verbis*:

Acesso ao Sumário

"**Súmula 54**. Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual."

A correção monetária sobre o valor arbitrado a título de indenização por danos morais incidirá a partir da publicação da sentença, nos termos da Súmula 362 do STJ, a saber:

"**Súmula 362.** A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento."

Quanto à devolução em dobro de valores descontados, o C. Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte tese, com o julgamento dos recursos EAREsp 600663/RS, EAREsp 622897/RS, EAREsp 664888/RS, EAREsp 676608/RS e EREsp 1413542/RS, realizado sob o rito dos Recursos Repetitivos (tema 929): "*a repetição em dobro, prevista no parágrafo único do art. 42 do CDC, é cabível quando a cobrança indevida consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva, ou seja, deve ocorrer independentemente da natureza do elemento volitivo.*"

Dessa forma, a partir da referida tese firmada, tem-se a desnecessidade da comprovação da má-fé da instituição financeira e o entendimento de que a conduta, em si, é contrária à boa-fé objetiva, em relação a contratos de consumo que não envolvam o serviço público.

Quanto à modulação do novo entendimento, firmou-se a seguinte determinação: "*Impõe-se modular os efeitos da presente decisão para que o entendimento aqui fixado - quanto a indébitos não decorrentes de prestação de serviço público - se aplique somente a cobranças realizadas após a data da publicação do presente acórdão.*"

Com isso, impõe-se a restituição em dobro somente para cobranças ocorridas após 30.03.2021, termo do período de modulação do mencionado julgado do C. Superior Tribunal de Justiça.

No presente caso, os descontos decorrentes dos contratos de empréstimos declarados inexistentes iniciaram em abril/2021, portanto, deve ser mantida a determinação de restituição em dobro das parcelas indevidamente descontadas do benefício previdenciário do autor.

Por fim, assiste razão ao banco apelante quanto à devolução dos valores depositados na conta do autor em decorrência dos empréstimos.

Isso porque, em consequência da nulidade da contratação, as partes devem retornar ao estado anterior, nos termos do art. 182 do Código Civil, razão pela qual deve ser determinada a devolução, pela parte autora, dos valores depositados em sua conta em decorrência dos empréstimos, ou a compensação de débitos e créditos entre as partes, para que não haja enriquecimento sem causa.

Nesse sentido:

"CONTRATO BANCÁRIO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. SÚ-

Acesso ao Sumário

MULA 182. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. ENCARGOS ILEGAIS. MANUTENÇÃO NA POSSE. INSCRIÇÃO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. REQUISITOS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. POSSIBILIDADE. DEPÓSITO JUDICIAL. AUTORIZAÇÃO." - Impossível, nos contratos bancários, a cobrança cumulada da comissão de permanência com juros remuneratórios, correção monetária, juros de mora e multa contratual. - "É inviável o agravo do Art. 545 do CPC que não ataca especificamente os fundamentos da decisão agravada". - A simples cobrança de encargos ilegais descaracteriza a mora. Afastada a ocorrência da mora, o bem deve ser mantido na posse do devedor. - Para evitar sua inscrição nos cadastros restritivos de crédito o devedor deve provar os requisitos fixados pela jurisprudência (REsp 527.618/CÉSAR). - **Quem recebe pagamento indevido deve restituí-lo, para obviar o enriquecimento sem causa. Não importa se houve erro no pagamento.** - É possível o depósito da parte incontroversa da dívida, sendo feita a eventual complementação com a liquidação da sentença. (STJ, AgRg no REsp n. 896.269/RS, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 6/12/2007, DJ de 18/12/2007, p. 271.)

A devolução/compensação deve ocorrer em cumprimento de sentença, mediante a apresentação dos documentos que comprovem o depósito realizado em conta de titularidade do autor e, sobre estes, deve incidir apenas a correção monetária pela Tabela Prática do TJSP, a partir da data do depósito.

Diante parcial procedência do recurso do réu, ficam os honorários sucumbenciais fixados em 10% do valor atualizado da condenação e mantidos os demais termos da sentença tal como prolatada.

Advirtam-se que eventuais embargos de declaração fora das hipóteses legais estarão sujeitos à multa prevista no parágrafo 2º do art. 1.026 do Código de Processo Civil.

Para fins de acesso às instâncias superiores, ficam expressamente prequestionados todos os dispositivos legais invocados.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008769-65.2023.8.26.0004, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DHL EXPRESS (BRAZIL) LTDA., é apelado LION TOOLS EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA.

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 25555)**

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

São Paulo, 16 de abril de 2024.

ANA CATARINA STRAUCH, Relatora

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - Alegação de recebimento de boleto falso da ré - Sentença de procedência fundada na informação de que o boleto foi recebido por e-mail da ré Insurgência recursal da ré - Preliminares afastadas - Apelação que não ostenta qualquer impugnação a respeito do e-mail utilizado para envio do boleto falso à autora - Cerne da sentença que restou ileso de crítica recursal - Obrigação de indenizar incontroversa - Sentença mantida - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Vistos.

A Douta Magistrada *a quo*, ao proferir a r. sentença de fls. 85/87, cujo relatório adoto, julgou a "AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS", ajuizada por LION TOOLS EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA. em face de DHL EXPRESS (BRAZIL) LTDA., nos seguintes termos:

"*Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido para condenar a parte ré ao pagamento da importância de R$5.363,26, corrigidos pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça a contar do vencimento, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, pondo fim ao processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil. Diante da sucumbência, arcará a parte ré com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários, que fixo em 10% do valor da condenação. P.R.I.*"

Insurgência recursal da ré (fls. 90/102). Preliminarmente, suscitou ilegitimidade passiva, pois a autora foi vítima de golpe perpetrado por terceiro. No mérito, bateu-se pela inexistência de ato ilícito, pois o boleto pago pela autora ostenta código de barras diferente do boleto oficial, com beneficiário diferente. Alegou que a apelada deveria ter se atentado aos indícios de fraude. Postulou pelo provimento e consequente reforma, para julgar improcedente a ação.

Contrarrazões às fls. 109/122, com pedido preliminar de não conhecimento do apelo, em razão de ofensa ao princípio da dialeticidade recursal.

Subiram os autos para julgamento.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Exercido o juízo de admissibilidade em cumprimento ao disposto no art. 1.010, § 3º do CPC, vale consignar que o presente recurso é tempestivo e se encontra preparado.

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

De início afasto a preliminar trazida em contrarrazões.

Tendo em vista que a apelante suscitou preliminar de ilegitimidade de parte, não se pode falar de ofensa ao princípio da dialeticidade recursal, de modo que se conhece do recurso para necessário enfretamento da questão.

Colaciona-se o art. 1.010, do CPC:

"Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterá:

I - os nomes e a qualificação das partes;

II - a exposição do fato e do direito;

*III - **as razões** do pedido de reforma ou **de decretação de nulidade**;*

IV - o pedido de nova decisão." (g.n.)

Afasto, também, a preliminar de ilegitimidade de parte, suscitada pela apelante.

Como se verá no mérito, a ilegitimidade de parte não pode ser reconhecida, pois os fatos narrados na inicial se relacionam diretamente com a apelada.

Superada tal questão, passa-se à análise do mérito recursal.

Trata-se de "AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS", ajuizada por LION TOOLS EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA. em face de DHL EXPRESS (BRAZIL) LTDA.

Narrou, em síntese, ter contratado transporte internacional de mercadorias junto à requerida, motivo pelo qual a ré passou a realizar comunicação por meio de e-mail com a parte autora, relativas à importação, havendo ressalva no primeiro e-mail que toda a comunicação deveria ser concentrada somente neste e-mail: formalcelula3.Br@dhl.Com. Posteriormente, a parte autora recebeu, por meio deste e-mail, boleto bancário para pagamento, no importe de R$5.363,26. Observou o autor que o boleto apresentava todos os dados corretos, exceto no ato do pagamento, quando então aparecia a identificação de outro beneficiário. Sendo assim, considerando-se que houve falha na emissão de boleto disponibilizado pelo requerido, pretende seja este condenado ao pagamento de indenização pelo dano material suportado pelo autor, no importe de R$ 5.363,26.

Pois bem.

A sentença de procedência fundou-se na informação de que o boleto falso, pago pela autora, foi recebido por e-mail da ré, utilizado em toda a comunicação entre as partes:

"*No caso dos autos, verifica-se que **o boleto fraudulento foi enviado ao***

Acesso ao Sumário

autor por meio do e-mail utilizado em toda a comunicação, e de titularidade da parte ré, sendo patente o dever de indenizar da requerida, tal como se constata do documento de fls. 21/23. *Sendo assim, deve o réu responder pelos danos suportados pelo autor.*" (g.n.)

Porém, a apelante não apresentou qualquer impugnação ao cerne da condenação, limitando-se a alegar ilegitimidade de parte, inocorrência de ato ilícito e negligência da autora ao pagar boleto que possuía beneficiário diferente.

Não se vislumbra, em parte alguma do apelo, argumentação de que o e-mail "formalcelula3.br@dhl.com" não lhe pertença, ou qualquer outra justificativa relacionada.

Conclui-se, portanto, que a razão do julgamento de procedência resta incontroversa, pois não devolvida ao Tribunal.

Ademais, recebido o boleto de e-mail incontroversamente legítimo, pelo qual as partes travaram toda a comunicação narrada na inicial (sem impugnação da ré), não se poderia esperar da autora que suspeitasse do beneficiário.

Resta mantida, portanto, a obrigação de pagamento de indenização material à autora.

Em suma, examinadas as peculiaridades do caso em tela, aliadas ao conjunto probatório, é de rigor a mantença da r. sentença, ficando ratificados *in totum* os seus fundamentos, eis que suficientemente motivada.

Tendo em vista o desprovimento do apelo, nos termos do § 11, do art. 85 do CPC/2015, majoro os honorários advocatícios devidos pela ré para 15% do valor total da condenação, devidamente atualizados pela Tabela Prática deste E. TJ/SP, observada a gratuidade da justiça.

Por esses fundamentos, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002186-61.2023.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ROMÁRIO DE CARVALHO JOAQUIM (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado UBER DO BRASIL TECNOLOGIA 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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.692)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LIDIA CONCEIÇÃO (Presidente sem voto), WALTER EXNER e MILTON CARVALHO.

São Paulo, 15 de abril de 2024.

PEDRO BACCARAT, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação cominatória fundada em contrato de intermediação celebrado entre motoristas particulares e a Uber. Descredenciamento justificado pelo compartilhamento da conta. Ação improcedente. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedente ação cominatória movida contra o Uber, cumulada com pedido de reparação de danos. O magistrado, Doutor Fábio Henrique Falcone Garcia, considerou comprovados os antecedentes criminais, em violação aos Termos e Condições de Uso da Plataforma da Uber, sendo, por isso, regularmente descredenciado. Imputou ao Autor as verbas de sucumbência com honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, observada a gratuidade de justiça.

Apela o Autor alegando que não foi previamente notificado do descredenciamento, nem teve oportunidade para exercer o contraditório e a ampla defesa. Diz que tem *score* alto e boa avaliações. Insiste na reativação do perfil e reparação dos danos.

Recurso tempestivo, dispensado de preparo por ser o Autor beneficiário da gratuidade da justiça, e respondido.

É o relatório.

Diz o Autor que trabalhava como motorista credenciado da Uber do Brasil Tecnologia Ltda, sempre bem avaliado pelos passageiros, quando sofreu injustificado bloqueio do aplicativo. Ajuizou ação cominatória visando o restabelecimento da conta e a reparação dos danos.

A Ré, por seu turno, defende sua autonomia privada e liberdade de contratar. Diz que o descredenciamento decorreu de imputação, ao Autor, de crime de porte ilegal de arma e munições.

O Autor confessa o delito, mas diz que celebrou acordo na Justiça Criminal e pagou multa a instituição de caridade.

Nos Termos e Condições de Uso aceitos pelo Autor estão descritas todas as normas de conduta e as violações que podem causar o descredenciamento. O Autor tinha ciência de que seus dados seriam verificados periodicamente, por medidas de segurança (Cláusula 6) e, acaso encontradas irregularidades, poderia ser desligado da plataforma sem prévio aviso (Cláusula 12).

A disposição contratual não é abusiva.

É lícita a verificação de segurança dos motoristas credenciados no aplicativo, a fim de garantir a segurança dos usuários, anotando-se que se trata de exigência do art. 11-B da Lei 12.587/12, incluído pela Lei 13.640/18, que

Acesso ao Sumário

disciplina o transporte privado remunerado individual de passageiros.

O Autor não é destinatário final do serviço e a relação não é de consumo, de modo que a relação jurídica deve ser analisada sob à luz do Código Civil, cujo art. 421, parágrafo único, positiva os princípios da autonomia privada e da liberdade de contratar: "*Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual*".

Em suma, a Ré tem liberdade para eleger os motoristas credenciados e o bloqueio do perfil do Autor decorreu de exercício regular de direito.

Nesse sentido vem decidindo este Tribunal: "*Prestação de serviços de intermediação digital. Rescisão contratual. Obrigação de fazer. Indenização por lucros cessantes e danos morais. Ausência de ato ilícito. Desnecessidade de prévia comunicação de desligamento, apenas exigível na ausência de justa causa, nos termos de uso da plataforma. Possibilidade de verificação de segurança periódica, com a qual concordou o autor. Sentença de improcedência mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. 1. Na hipótese em testilha não há que se falar em abusividade no descredenciamento do motorista, ante a clara violação do contrato entabulado entre as partes, e dos princípios da eticidade e da boa-fé inerente às relações jurídicas. 2. Recurso improvido*" (Apelação nº 1057588-41.2020.8.26.0100, 35ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Arthur Marques, j. 17.12.2020).

"*Responsabilidade civil. Pedido de obrigação de fazer para compelir a ré a cadastrar o autor como motorista em sua plataforma digital de transporte de pessoas. Princípio da autonomia da vontade, que prevalece nas relações contratuais, impede obrigar a ré a contratar e implica afastar pedido indenizatório, ausente ilícito. Recurso não provido*" (Apelação nº 1055042-47.2019.8.26.0100, 29ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Sílvia Rocha, j. 29.10.2020).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, com elevação dos honorários advocatícios para 15% do valor da causa, nos termos do art. 85, §11º, do CPC, observado o art. 98, §3º, por ser o Autor beneficiário da gratuidade da justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1125403-21.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ASSOCIAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS CASA DE CURA E EXPANSÃO DA CONSCIÊNCIA UNIVERSAL - FRATERNIDADE DO CORAÇÃO, são apelados GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. e GABRIELA PADILHA BAILAS.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19382)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MONTE SERRAT (Presidente) e PAULO ALONSO.

São Paulo, 17 de abril de 2024.

MARCOS GOZZO, Relator

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Ofensa à imagem da autora em vídeo publicado no canal do youtube. Sentença de improcedência em relação à ré e procedência parcial quanto ao correquerido. Insurgência da autora. Pretensão de exclusão de vídeos na plataforma e de comentários indicados na petição inicial. Inadmissibilidade. Vídeos que não mencionam o nome da autora, discorrendo apenas experiências pessoais de duas participantes em casas religiosas do Santo Daime. Comentários que também não demonstram que as entrevistadas estavam falando da casa -apelante. Decisão preservada. Recurso improvido.

VOTO

1. Recebo o recurso nos efeitos devolutivo e suspensivo, deixando de intimar a parte contrária para apresentar contrarrazões, eis que já ofertadas nos autos.

2. Ao relatório da r. sentença, da lavra do MM. Juiz de Direito **Carlos Eduardo Borges Fantacini**, acrescenta-se que em relação ao corréu Google, o pedido foi julgado procedente em parte para condená-lo a fornecer todos os dados de cadastro disponíveis e o registro de IP do(s) usuário(s) responsável(is) pelos perfis mencionados às fls. 35/40, conforme possível (com base no qual a própria autora terá condições de obter futuramente os dados pessoais destes usuários, tais como RG, CPF e endereço). Atinente à corré Gabriela, o pedido foi julgado improcedente. (fls. 300/306)

Inconformada, recorre a autora pretendendo a reforma parcial da decisão objurgada. (fls. 369/396)

Apresentadas contrarrazões. (fls. 402/434)

É o relatório

Passo ao voto.

Narra a autora que, em 26 de outubro de 2021, uma *ex frequentadora da FRATERNIDADE DO CORAÇÃO, participou de uma entrevista no canal de*

Acesso ao Sumário

nome "Física e Afins" na plataforma YouTube, de propriedade da segunda ré GABRIELA PADILHA BAILAS, na qual passou a fazer diversos relatos inverídicos a respeito das atividades promovidas pela autora, relatando abusos, discriminações e outras atividades ilícitas. Requer, assim, a remoção dos vídeos do *youtube* ou dos comentários indicados na petição inicial, bem como a condenação da ré Google na obrigação de fazer consistente em fornecer as informações pleiteadas acerca dos responsáveis pelos respectivos comentários.

Em sede de réplica, contou a autora que os comentários indicados na inicial, identificados como *Anônimo Pessoa, Amanda Oliveira, Ricardo Marques, Dani Machado* e *Dean Winchester*, foram excluídos das páginas do *youtube*.

Após regular marcha processual, sobreveio sentença de procedência parcial do pedido em relação ao google para fornecimento dos dados dos usuários indicados na petição inicial e de improcedência do pleito quanto à correquerida, como mencionado alhures, contra o que se insurgiu a requerente pretendendo a exclusão dos vídeos e comentários constantes da petição inicial.

Alega a recorrente que os vídeos postados pela requerida Gabriela prejudicam sua imagem e credibilidade perante sua atividade religiosa. Ocorre que, os vídeos não mencionam o nome da autora, discorrendo apenas experiências pessoais de duas participantes em casas religiosas do Santo Daime.

Assim, não há justificativa para determinar a exclusão dos vídeos do canal do youtube.

Aliás, como decidido pelo MM. Juízo *a quo, (...) Necessário destacar que o assunto abordado nos vídeos é de interesse público, vez que trata de ritual em que se utiliza a ayahuasca, substância psicoativa e cujos usos religioso e terapêutico são permitidos pelo Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD), conforme Resolução nº 1, de 25/01/2010. Ademais, em nenhum momento, entrevistadora ou entrevistada fazem menção à autora ou aos seus mantenedores. Logo, não há razão para que a corré Gabriela seja obrigada a retirar os vídeos da plataforma.* (fls. 304)

No que tange aos comentários, já foram excluídos os correspondentes ao *Anônimo Pessoa, Amanda Oliveira, Ricardo Marques, Dani Machado* e *Dean Winchester*, como informado pela autora, permanecendo apenas os da *Garota do Relato, Casa Paz e Ana Sizer*.

Todavia, em nenhum dos comentários que permaneceram na página, há informações que liguem o descrito no vídeo à apelante.

Destarte, de rigor manter a decisão objurgada, por seus próprios fundamentos, majorando-se os honorários sucumbenciais para R$ 1.000,00, com fulcro no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002720-11.2023.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MENACHEM MENDEL KHAFIF, é apelado TAM LINHAS AEREAS S/A (LATAM AIRLINES BRASIL).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 51211)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente sem voto), EURÍPEDES FAIM e TAVARES DE ALMEIDA.

São Paulo, 22 de abril de 2024.

LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, Relatora

Ementa: PREPARO - Recolhimento a menor em pequeno valor - Conhecimento do apelo que se impõe, com determinação de recolhimento da diferença ao final, sob pena das medidas cabíveis.
INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Transporte aéreo - Passageiro religioso judeu - Não disponibilização de alimentação Kosher contratada - Jejum por aproximadamente 12 (doze) horas - Sentença que reconheceu o descumprimento contratual pela ré e fixou indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00 - Pretensão de majoração do valor indenizatório - Verba indenizatória que merece ser majorada para R$ 8.000,00 - Recurso parcialmente provido, com determinação de recolhimento da diferença do preparo.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais movida por Menachem Mendel Khafif contra Tam Linhas Aéreas S/A (Latam Airlines Brasil S/A), por meio da qual alega o autor que contratou reserva no voo LA 8121 junto à ré, ocasião em que requereu o fornecimento de alimentação especial *kosher*, em razão de sua convicção religiosa e as limitações dela advindas. Diz que, embora referido pedido tenha sido confirmado por diversas vezes, descobriu apenas durante o voo que a alimentação não havia sido disponibilizada, fato que submeteu o autor a jejum involuntário por aproximadamente 12 horas. Postulou, assim,

danos morais no valor de R$ 10.000,00.

A r. sentença de págs. 102/105, da lavra do d. Magistrado FABIO EVANGELISTA DE MOURA, julgou procedente o pedido, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973 (art. 487, I do vigente CPC/2015), para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 5.000,00, atualizados monetariamente segundo a tabela prática do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo desde a sentença e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, além de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00.

Irresignado, apelou o autor buscando a majoração da indenização para R$ 10.000,00, ao argumento de que permaneceu por longas 12 horas em jejum, diante de falha na prestação de serviços pela ré. Diz que a ré confirmou que forneceria a alimentação especial (pág. 111), não tendo cumprido o contrato, portanto.

Recurso regularmente processado, com resposta (págs. 130/136), subiram os autos.

É o relatório.

De início, resta verificado o recolhimento do preparo a menor pelo autor, eis que, segundo a certidão da Serventia, o valor seria de R$ 209,22, tendo o requerente recolhido R$ 200,00.

Tratando-se de diferença de pequeno montante, conheço do recurso, determinando ao autor que recolha a diferença ao final, sob pena das medidas cabíveis.

No mais, a hipótese é típica de relação de consumo - transporte aéreo de passageiro -, sendo o autor/apelante destinatário final dos serviços prestados pela ré/apelada. Portanto, aplicável, ao caso, as regras inseridas no Código de Defesa do Consumidor.

O fato descrito nos autos - não disponibilização de comida *Kosher* ao autor/apelante, passageiro religioso judeu - restou demonstrado pelo extrato de informações da reserva do requerente (pág. 21). Ademais, a ré/apelada acaba por reconhecer o erro ao emitir o pedido de desculpas ao autor (págs. 23/24).

Assim, era dever da ré/apelada cumprir o avençado quanto ao fornecimento de alimentação especial *kosher*.

O descumprimento do contrato, salvo as hipóteses legais de caso fortuito ou foiça maior, obriga o contratante faltoso a indenizar os danos causados à outra parte.

No caso, houve dano causado ao autor/apelante, que permaneceu por um total de aproximadamente 12 (doze) horas em jejum, por culpa da conduta da empresa aérea, sendo legítima a pretensão indenizatória daquela.

O dano moral, a propósito, é facilmente perceptível, pois dúvida não há que, em razão do ocorrido, a apelada viu-se numa situação, no mínimo, incômo-

Acesso ao Sumário

da e humilhante, pelo que cabível a pleiteada indenização.

No que diz respeito ao "quantum" indenizatório, é cediço que o ressarcimento do dano moral há de ser arbitrado com moderação, devendo-se levar em conta a gravidade e a repercussão da ofensa, a posição social do ofendido e a situação econômica do ofensor. Outrossim, não se pode perder de vista que o ofensor deve ser penalizado, mas também não se admite que o pretendido ressarcimento seja fonte de lucro para o ofendido.

Assim, diante das circunstâncias fáticas que nortearam o caso presente, entendo que o valor deva ser majorado para R$ 8.000,00 (oito mil reais), com os consectários fixados na sentença.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso, com determinação de recolhimento da diferença do preparo, sob pena das medidas cabíveis.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1019864-32.2022.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado JONHSON E JONHSON DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PARA SAÚDE LTDA., é apelada/apelante B.G.F.

ACORDAM, em 33ª 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 53.409)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ EURICO (Presidente), SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA e ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI.

São Paulo, 22 de abril de 2024.

LUIZ EURICO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS PROCEDENTE - IMPLANTE DE PRÓTESE MAMÁRIA COMERCIALIZADA PELA REQUERIDA - OCORRÊNCIA DE ANORMALIDADES RELACIONADAS AO ROMPIMENTO - NECESSIDADE DE NOVA CIRURGIA PARA RETIRADA E/OU SUBSTITUIÇÃO DA PRÓTESE - VÍCIO DO PRODUTO - DANO MORAL COMPROVADO - VALOR DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS MANTIDO - RECURSOS NÃO PROVIDOS

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais em decorrência de procedimento de implante de prótese de silicone, na qual foi proferida a r. sentença de fls. 329/333, cujo relatório fica aqui incorporado, que julgou procedente a demanda, para condenar a ré a pagar à autora *'1 - R$ 24.603,96 (vinte e quatro mil, seiscentos e três reais e noventa e seis centavos) pelos danos materiais suportados, que deverá ser devidamente corrigida de acordo com a tabela prática do Tribunal de Justiça desde o desembolso, computando-se juros legais a partir da citação; 2 - R$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de danos morais, que deverá ser devidamente corrigida de acordo com a tabela prática do Tribunal de Justiça desde a presente data, computando-se juros legais a partir da citação.'*

Contra tal pronunciamento, a requerida ofertou recurso de apelação (fls. 336/347), buscando a reforma do julgado.

Sustenta, em suma, ausência de responsabilidade, porquanto não restou comprovado nos autos falha na prestação do serviço, defeito no produto e nexo de causalidade com a situação narrada. Aduz, ainda, existir causas diversas que podem ter ocasionado eventual rompimento, bem como que disponibilizou informações quanto aos riscos associados ao procedimento. Pleiteia, assim, a rejeição da postulação pela ocorrência dos danos morais. No caso de eventual manutenção da condenação, postula, em caráter subsidiário, pela redução dos valores indenizatórios fixados.

Por seu turno, a autora *B.G.F.*, em recurso adesivo (fls. 375/38) requer a majoração da condenação a título de danos morais para o montante de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), aduzindo que está em total consonância com o entendimento pacificado deste Egrégio Tribunal.

Recursos regularmente processados, com contrariedades (fls. 355/374 e 395/405), subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

As partes celebraram contrato para fornecimento de prótese de silicone para implante na região das mamas. Ocorre que, segundo alega a autora, foram detectadas anormalidades relacionadas ao rompimento da prótese e processo inflamatório na região, sendo necessário se submeter a nova cirurgia.

Diante de tal situação, a autora sustenta ter suportado prejuízos, razão pela qual pretende, mediante a presente demanda, indenização a título de danos materiais e morais.

A responsabilidade civil, consubstanciada no dever de indenizar o dano sofrido por outrem, provém de conduta caracterizada pela violação da ordem jurídica com ofensa ao direito alheio e lesão ao respectivo titular.

É patente a relação de consumo existente entre as partes, portanto, nela incidem as normas cogentes do Código de Defesa do Consumidor.

Acesso ao Sumário

Assim sendo, considerando o que estabelecem os artigos 12 e 18 do Código de Defesa do Consumidor, já que a responsabilidade pelo produto e pelo serviço é objetiva, deve responder a Ré como fornecedora do produto de consumo pelo vício de qualidade.

Diante da narrativa dos fatos na forma alegada pela Autora e dos demais elementos colhidos durante a instrução probatória, o acolhimento da pretensão indenizatória em face da requerida na medida de sua culpabilidade para a ocorrência do evento danoso, é medida de rigor.

Nesse sentido, destacam-se os recentes julgados:

"Obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais. Prótese mamária. Risco de linfoma. Sentença de improcedência. Relação de consumo. Vício de segurança. Laudo pericial. Produto retirado do mercado por associação ao risco de câncer. Defeito intrínseco. Art. 12 do CDC. Responsabilidade do fabricante. Periculosidade evidente. Incabível impor que se aguarde eventual sintoma. Custeio da cirurgia de explante e despesas inerentes. Danos morais decorrentes do abalo e da privação do bem estar, com risco à saúde. Arbitramento segundo critérios orientadores em R$ 10.000,00. Recurso provido. Conforme o art. 12 do CDC, o fabricante responde independentemente de culpa por vício de insegurança, pois o controle dos bens produzidos e coibição de futuros incidentes é inerente ao risco da atividade. O parágrafo primeiro do referido dispositivo é claro ao mencionar que o produto é defeituoso quando não oferece segurança, cabendo levar em conta apenas os riscos razoáveis, sendo reconhecido que a prótese específica estava associada ao desenvolvimento de câncer, não cabendo obrigar a consumidora a aguardar o aparecimento da doença para então realizar o explante. Portanto, conferida a falha de segurança, não sendo fato aceitável, inegavelmente compreende-se a dor e padecimento, pois há periculosidade evidente. A reparação do dano causado deve ser integral e repercutiram no patrimônio moral. A quantificação dos danos morais observa critérios orientadores, ou seja, deve a indenização ser proporcional ao dano, à intensidade e a duração. A fixação em R$ 10.000,00 revela-se razoável e satisfatória para compensar o sofrimento da demandante.

(TJSP, Apelação Cível nº 1071075-78.2020.8.26.0100, 32ª Câmara de Direito Privado, Relator KIOITSI CHICUTA, j. 28/10/2021).

"APELAÇÃO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL POR FATO DO PRODUTO. Autora que possui próteses mamárias de silicone, fabricadas pela ré. Dores. Série da prótese inserida em programa de recall anunciado pela fabricante ALLERGAN. Necessidade de nova cirurgia para retirada das próteses. Recusa da fabricante. CERCEAMENTO DE DEFESA.

Acesso ao Sumário

Inocorrência. Situação peculiar em que o pedido se fundamenta em vício do produto. ALLERGAN colocou no mercado produto que oferece risco à saúde do consumidor, tornando-se responsável pela remoção (explante das próteses). INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. Há incontroversa relação de consumo entre as partes. Responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. Inteligência do artigo 12 do CDC. Pleito autoral relacionado ao RECALL anunciado pela ré. Não importa se as dores que a autora sente estão relacionadas com os implantes; não importa que os implantes não vazaram; não importa as dobras detectadas no exame de ressonância magnética. Tem relevância para esta demanda o fato de a autora ter implantes de silicone em suas mamas cujo material foi condenado pela Food and Drug Adminstration-FDA e pela ANVISA. A autora se sente portando duas bombas relógios no peito. Mantida a sentença, neste ponto, em que condenou a ré no pagamento dos custos da cirurgia para explante das próteses e no reembolso dos valores dispendidos com as próteses que serão removidas. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Dano moral configurado. Sofrimento foi potencializado pela possibilidade de vir a desenvolver um câncer em decorrência das próteses mamárias. Ter que passar por uma cirurgia e pela recuperação que é imperativa, posteriormente, causa um desgaste emocional muito grande, que supera o mero aborrecimento ou as adversidades do dia a dia. Montante fixado em R$15.000,00. SUCUMBÊNCIA. Sentença parcialmente reformada para acrescentar a condenação em dano moral e condenar a ré ao pagamento integral da verba sucumbencial. Majorados os honorários, a teor do disposto no §11 do art. 85, do CPC RECURSO DA AUTORA PROVIDO. IMPROVIDO O RECURSO DA RÉ."

(TJSP, Apelação Cível nº 1015963-90.2020.8.26.0564, 31ª Câmara de Direito Privado, Relatora ROSANGELA TELLES, j. 19/10/2021).

Ademais, a narrativa da petição inicial, em tudo compatível com os predicados de veracidade, denota exposição da traduz efeitos do mal-estar provocado diante das circunstâncias no âmbito geral do dano extrapatrimonial.

Não bastasse, cumpre ressaltar que o dano moral restou caracterizado pela simples exposição da autora a uma situação de risco, dado que a utilização do produto inadequado e inseguro (próteses mamarias), com posterior rompimento e que poderia causar problemas ainda mais graves de saúde.

A situação em comento acarretou angústia e aflição, restando evidente que o transtorno causado à requerente extrapola o razoável e a repercussão do dano foi além da frustração, não configurando meros aborrecimentos ou dissabores, diante da insegurança e possibilidade de um estado de saúde grave causados pelo uso do produto.

Sem dúvida, no caso concreto, restou configurado o dano moral indenizá-

Acesso ao Sumário

vel, sendo certo que o evento acarretou reflexos na vida social da autora, representando a reparação do dano uma forma de, no mínimo, mitigar tal sofrimento.

Reconhecido o dano perpetrado, cabe ao magistrado a fixação do *quantum* indenizável dentro dos limites da razoabilidade e atendendo as circunstâncias do caso concreto, bem como considerando as condições econômicas das partes.

Por outro lado, o valor de indenização tem finalidade reparatória, mas não pode, em razão de seu excessivo valor, configurar enriquecimento ilícito capaz de tornar o evento danoso em um acontecimento lucrativo.

Diante de tais considerações, considerando a conduta da ré, a gravidade dos danos experimentados e sopesando que o dano moral não pode configurar enriquecimento ilícito, o montante dos danos morais indenizáveis deve ser mantido no valor de R$15.000,00 (quinze mil reais).

Portanto, é inegável a ausência de substrato dos reclamos recursais, prevalecendo integralmente a motivação adotada pelo juízo.

Dessa forma, nego provimento aos recursos, majorando os honorários sucumbenciais devidos pela requerida de 10% (dez por cento) para 15% (quinze por cento) do valor da condenação, bem como fixando honorários em favor do patrono da parte requerida, exclusivamente pelo trabalho em grau recursal, em 10% do valor da condenação, tudo nos termos do artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0005965-63.2020.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante PRISCILA DE SIMONI PEREIRA, são apelados ART BEL COSMÉTICOS E COMÉRCIO LTDA., ANDRÉ CINTRA PEREIRA, ANFEMA ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA., BEM ESTAR IND. COM. E IMP.COSMÉTICOS LTDA., FELIPE CINTRA PEREIRA e ANDRÉ CINTRA PEREIRA.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Sustentaram oralmente os advogados Dra. Victoria Beatriz Rossi Amato Wainer e Dr. Danillo Fabricio Ballini Miani.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46533)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO BATISTA VILHENA (Presidente sem voto), J.L. MÔNACO DA SILVA e JAMES SIANO.

São Paulo, 17 de abril de 2024.

ERICKSON GAVAZZA MARQUES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE - EXTINÇÃO DO PROCESSO POR QUITAÇÃO DO DÉBITO - ALEGAÇÃO DE QUE AINDA HAVIAM CONSECTÁRIOS FINANCEIROS DECORRENTES DO DECURSO DO TEMPO - PRETENSÃO À APLICAÇÃO DO TEMA 677 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - POSSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO QUE NÃO OBSTA A SUA APLICAÇÃO - EFEITO VINCULANTE IMEDIATO - INCIDÊNCIA DO ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - NECESSÁRIO O PROSSEGUIMENTO DO FEITO, PARA APURAÇÃO DE EVENTUAL SALDO DEVEDOR - EXTINÇÃO AFASTADA - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de cumprimento de sentença, em ação de dissolução de sociedade comercial, ajuizado por Priscila de Simoni Pereira contra Art-Bel Cosméticos Indústria e Comércio Ltda e outros, que a respeitável sentença de fls. 788/791, cujo relatório fica fazendo parte integrante do presente, extinguiu, ante uma suposta satisfação do débito, nos termos do artigo 924, inciso II, do Código de Processo Civil.

Os embargos de declaração opostos pelos executados foram rejeitados (fls. 802/803).

Inconformada, apela a exequente, alegando, em síntese, que somente a partir do último levantamento dos valores bloqueados e penhorados nas contas dos Apelados, que se deu em dezembro de 2022, é que foi possível à Apelante apurar a diferença do crédito exequendo, levando em consideração o montante total efetivamente recebido, ou seja, acrescido da remuneração do depósito judicial. Aduz que a ausência de modulação dos efeitos do acórdão opera-se *ex tunc*, autorizando que o entendimento firmando seja aplicado de forma imediata a todos os casos em andamento no Poder Judiciário. Pede o afastamento do decreto de extinção da execução e o retorno dos autos à origem, para retomada do cumprimento de sentença, visando a satisfação plena do crédito exequendo.

Os executados apresentaram contrarrazões (fls. 828/847).

É o relatório.

Respeitado o entendimento do Juízo *a quo*, não era caso de extinção do cumprimento de sentença.

Com efeito, o Colendo Superior Tribunal de Justiça assentou entendi-

Acesso ao Sumário

mento, no julgamento do Recurso Especial n° 1820963/SP, no regime dos repetitivos, no sentido de que "*o Tema 677/STJ passa a ter a seguinte redação: 'na execução, o depósito efetuado a título de garantia do juízo ou decorrente da penhora de ativos financeiros não isenta o devedor do pagamento dos consectários de sua mora, conforme previstos no título executivo, devendo-se, quando da efetiva entrega do dinheiro ao credor, deduzir do montante final devido o saldo da conta judicial.' Hipótese concreta dos autos em que o montante devido deve ser calculado com a incidência dos juros de mora previstos na sentença transitada em julgado, até o efetivo pagamento da credora, deduzido o saldo do depósito judicial e seus acréscimos pagos pelo Banco depositário.*" (REsp n. 1.820.963/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 19/10/2022, DJe de 16/12/2022).

Assim, considerando que o depósito inicial, promovido pelos executados, para fins de garantia, não tem natureza de pagamento, a conclusão a que se chega é que o mesmo não fica isento dos consectários de sua mora.

Saliente-se que a sistemática dos recursos repetitivos prevista no Código de Processo Civil de 2015, preconiza como único requisito para o início da aplicação do entendimento pacificado, a publicação do acórdão respectivo ('caput' do artigo 1.040 do Código de Processo Civil), sendo que, a partir desse momento, incumbirá aos tribunais de origem tomar as providências descritas nos incisos do mencionado dispositivo.

Nesse ponto, ante o decidido pelo Tribunal Superior, responsável pelo julgamento do repetitivo, há efeito vinculante imediato.

Nesse sentido, o entendimento desta Corte:

Agravo de instrumento. Impugnação ao cumprimento de sentença. Depósito efetuado a título de garantia do juízo, para oferecimento de impugnação ao valor exequendo, não constitui pagamento, de forma que não interrompe a incidência de encargos previstos no título executivo. Insurgência contra a aplicação do Tema Repetitivo 677 do STJ. Descabimento. Aplicação imediata do precedente qualificado a partir da publicação do respectivo acórdão, a teor do disposto no art. 1.040 do CPC. Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO. (2249025-61.2023.8.26.0000 - Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Contratos Bancários - Relator(a): Luis Carlos de Barros - Comarca: São Paulo - Órgão julgador: 20ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 28/09/2023 - Data de publicação: 28/09/2023)

E, mais recentemente, esta mesma Corte de Justiça voltou a pronunciar-se:

Agravo de instrumento. Ação Civil Pública. Caderneta de Poupança. Expurgos Inflacionários. Decisão guerreada que indeferiu pedido de aplicação imediata da revisão do tema 677 do STJ. Insurgência manifestada

Acesso ao Sumário

pela parte exequente. Cabimento. Termo final de atualização do valor devido. Reflexão sobre o tema, com alteração do entendimento anterior. Depósito judicial realizado pelo banco que tem finalidade única de garantia do juízo e não faz cessar a incidência de correção monetária e juros de mora nos termos determinados no título executivo judicial. Aplicabilidade do Tema 677 do STJ: "Na execução, o depósito efetuado a título de garantia do juízo ou decorrente da penhora de ativos financeiros não isenta o devedor do pagamento dos consectários de sua mora, conforme previstos no título executivo, devendo-se, quando da efetiva entrega do dinheiro ao credor, deduzir do montante final devido o saldo da conta judicial". Efeito vinculante imediato, conforme previsto no artigo 1040 do CPC. Precedentes. Decisão reformada. Recurso provido. (2288894-31.2023.8.26.0000 - Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Bancários - Relator(a): Sergio Gomes - Comarca: Catanduva - Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 19/12/2023 - Data de publicação: 19/12/2023)

E, não há que se falar em preclusão, no presente caso, uma vez que, quando da publicação do acórdão supramencionado, em 16/12/2022 (data em que começou a produzir efeitos), a parte exequente estava dentro do prazo para se manifestar sobre a decisão de fls. 528, quanto ao efetivo cumprimento da obrigação, o qual restou expressamente negado pela credora, conforme manifestação de fls. 690/694.

Assim, necessário anular a sentença de extinção e determinar o prosseguimento do cumprimento, com aplicação do Tema 677 do Superior Tribunal de Justiça ao caso, tendo como consequência o recálculo do valor do débito, com incidência dos consectários da mora sobre o valor depositado em garantia do Juízo.

Isto posto, DOU PROVIMENTO ao recurso, nos termos supra.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 9031034-40.2000.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Autor ESTADO DE SÃO PAULO, são recorridos FAUSTO BORGES BARCELLOS e REGINA AUGUSTA DO AMARAL BARCELLOS.

ACORDAM, em 2º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após a sustentação oral da Dra. Ana Claudia Lorenzetti Leme, julgaram procedente a ação rescisória, para julgar improcedente a ação indenizatória V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.793)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO FEITOSA (Presidente sem voto), PAULO BARCELLOS GATTI, FRANCISCO BIANCO, NOGUEIRA DIEFENTHALER, ANA LIARTE, MARIA LAURA TAVARES e MAURÍCIO FIORITO.

São Paulo, 22 de abril de 2024.

OSVALDO MAGALHÃES, Relator

Ementa: Ação rescisória – Violação literal de disposição de lei e erro de fato (art. 485, V e IX, do CPC/1973; art. 966, V e VIII do CPC/2015) caracterizados – Acórdão que dá provimento ao recurso de apelação, fixando vultosa indenização por alegado apossamento administrativo do imóvel – Simples promulgação e publicação de lei estadual (Lei nº 4.529/85) com limitações ao uso da propriedade que não podem ser vistas como apossamento administrativo, máxime quando lei bem anterior, a Lei Federal nº 4.771/65 (Código Florestal) já continha as mesmas restrições – Lei estadual que não inovou em matéria de restrição administrativa ao uso da propriedade – Precedentes do STJ e deste TJSP – Rescisória julgada procedente, julgando-se improcedente a ação indenizatória.

Acesso ao Sumário

VOTO

I – Trata-se de ação rescisória ajuizada pela Fazenda do Estado, com fulcro no art. 485, incisos III, V, VI e IX do Código de Processo Civil de 1973, vigente ao tempo do ajuizamento da ação e correspondente ao art. 966, incisos III, V, VI e VIII do diploma processual em vigor, objetivando rescindir o v. acórdão de fls. 558/561, proferido por ocasião do julgamento, pela colenda 14ª Câmara Civil deste E. Tribunal de Justiça, do recurso de Apelação nº 195.935-2/3, de relatoria do Exmo. Desembargador Brenno Marcondes, complementado pelos vs. acórdãos de fls. 567/569 e 576/578, em sede de embargos declaratórios, ou seja, ante a propositura de ação de indenizatória sob o fundamento de prejuízos econômicos decorrentes das restrições impostas ao direito de propriedade por força da criação do Parque Estadual da Serra do Mar.

Alega Fazenda Estadual, em resumo: **(a)** ocorrência de dolo por parte dos autores da ação indenizatória, uma vez que se valeram de suposto direito de caráter pessoal para burlarem a precariedade (ou mesmo inexistência) do direito real sobre a área, haja vista o caráter duvidoso e impreciso do título de domínio apresentado; **(b)** violação de disposições literais da lei, a saber: **(b.1)** artigos 128 e 460 do CPC/1973, na medida em que os autores da ação indenizatória obtiveram mais do que efetivamente pleitearam, uma vez que os prejuízos alegados restaram ressarcidos em valores despropositados, em desarmonia com a gênese meramente pessoal do direito vindicado; **(b.2)** artigos 159 e 1.523 do Código Civil, já que determinado o pagamento de juros compensatórios, em que pese conservada a posse da área em favor dos autores da ação de indenização; **(b.3)** artigos 27 do Decreto-Lei nº 3.365/1941 e 5º, XXIV, da Constituição Federal, uma vez que a indenização fixada superou em mais de 2.000% o valor de mercado da área; **(b.4)** artigo 29 do Decreto-Lei nº 3.365/1941, porquanto uma vez determinada a indenização pelo valor total da gleba, consequência lógica seria sua incorporação ao patrimônio público, contudo, restou mantido o direito de propriedade dos autores da ação indenizatória; **(c)** o v. acordão está fundamentado em prova falsa, consistente na perícia realizada sobre o imóvel durante a instrução da ação indenizatória, já que o laudo oficial não foi capaz de apreender a controvérsia instaurada, mormente no que se refere ao valor de mercado do imóvel e prejuízos efetivamente experimentados; **(d)** a indenização encontrada em juízo incorreu em erro de fato, uma vez que arbitrada como se apossamento administrativo fosse o caso (fls. 02/43).

Devidamente citados, os autores da ação indenizatória, ora réus na presente ação rescisória apresentaram contestação, sustentando, em resumo, não ser hipótese de cabimento de ação rescisória e, no mérito, a higidez do título executivo transitado em julgado (fls. 843/861).

Réplica da Fazenda Estadual, às fls. 978/985.

O Exmo. Des. Soares Lima, então relator da presente ação rescisória,

Acesso ao Sumário

determinou a realização de prova pericial (fls. 1.061/1.061-verso).

As partes indicaram assistentes técnicos (fls. 1.0614/1.065 e 1.067/1.068) e formularam quesitos (fls. 1.073 e 1.094/1.097).

Laudo preliminar e esclarecimentos, respectivamente, às fls. 1.132/1.146 e 1.275/1.284, em que o perito oficial informa a impossibilidade de localização precisa do imóvel em pauta, fato impeditivo ao prosseguimento dos trabalhos.

Os réus (autores da ação de indenização) pleitearam então a substituição do perito nomeado, ao argumento de ausência de qualificação técnica (fls. 1.302/1.306), o que, em um primeiro momento, foi indeferido por este colendo Segundo Grupo, conforme v. acordão de fls. 1.347/1.350, proferido em sede de agravo regimental. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça houve por bem reformar aludida decisão, ao fundamento de o perito nomeado, por ser arquiteto de formação, não reunir o conhecimento técnico de engenharia necessário para a execução dos trabalhos (fls. 1.484/1.491).

Dando prosseguimento à demanda, este relator, em decisão de fls. 1.535, realizou a substituição do perito, nomeando profissional de acordo com as exigências da instância superior.

Nova nomeação de perito às fls. 1.545.

Nova nomeação de perito às fls. 1.553.

Nova nomeação de perito às fls. 1.559.

Nova nomeação de perito às fls. 1.563.

Nova nomeação de perito às fls. 1.566.

Nova nomeação de perito às fls. 1.569.

Nova nomeação de perito às fls. 1.597, porém, tal como as anteriores, restou declinada pelo "*expert*".

Seguindo-se com a expedição de ofício à CAJUFA para o envio de relação de profissionais habilitados à realização da perícia (fls. 1.628), novo profissional foi nomeado às fls. 1.634, em decisão confirmada às fls. 1.691.

Laudo pericial às fls. 1.759/1819, com os anexos de fls. 1.820/1.872 (exame topográfico) e fls. 1.873/1.921 (inventário florestal).

Sobre o laudo pericial manifestaram-se a Fazenda do Estado (fls. 1.930/1.943, com parecer técnico divergente às 1.944/2.018) e a parte ré (fls. 2.020/2.026, com parecer técnico divergente às fls. 2.027/2.050).

Esclarecimentos prestados pelo perito oficial às fls. 2.058/2.111, sobre os quais se manifestaram os réus (fls. 2.120/2.135) e a autora (fls. 2.137/2.201), e por mais uma vez o perito do Juízo (fls. 2.209/2.297).

Por derradeiro, indeferido o pedido de oitiva do "*expert*" em audiência de instrução e julgamento, bem como rejeitado o pleito de realização de inspeção judicial no imóvel (fls. 2.203), a Fazenda do Estado apresentou alegações finais às fls. 2.302/2.317, e os réus às fls. 2.319/2.321.

O Ministério Público manifestou não haver interesse na presente ação

Acesso ao Sumário

rescisória (fls. 1.199/1.201).

É o relatório.

II – A ação é procedente.

De início, cabe pontuar que a ação rescisória, como cediço, tem por finalidade a desconstituição de decisões já transitadas em julgado, notadamente, quando eivadas de vícios de elevada gravidade, assim considerados pelo legislador. Trata-se, assim, de instituto que possui natureza jurídica de ação autônoma, não se confundindo e nem substituindo os recursos eventualmente cabíveis contra estas mesmas decisões, os quais devem ser manejados dentro do prazo assinalado e na forma preconizada pela legislação processual, sob pena de preclusão ou mesmo de formação da coisa julgada.

Nesse sentido, confiram-se os ensinamentos de Humberto THEODORO JUNIOR:

"A sentença pode ser atacada por dois remédios processuais distintos: pelos recursos e pela ação rescisória.

O que caracteriza o recurso é ser, na lição de Pontes de Miranda, uma 'impugnativa dentro da mesma relação jurídico-processual da resolução judicial que se impugna'. Só cabem recursos, outrossim, enquanto não verificado o trânsito em julgado da sentença. Operada a coisa julgada, a sentença torna-se imutável e indiscutível para as partes do processo (NCPC, art. 502).

Mas a sentença, tal como ocorre com qualquer ato jurídico, pode conter um vício ou uma nulidade. Seria iniquidade privar o interessado de um remédio para sanar o prejuízo sofrido. É por isso que a ordem jurídica não deixa esse mal sem terapêutica. E, 'quando a sentença é nula, por uma das razões qualificadas em lei, concede-se ao interessado ação para pleitear a declaração de nulidade'.

Trata-se da ação rescisória, que não se confunde com o recurso justamente por atacar uma decisão já sob o efeito da res iudicata. Estamos diante de uma ação contra a sentença, diante de um remédio 'com que se instaura outra relação jurídica processual', como ressalta Pontes de Miranda

Recurso, coisa julgada e ação rescisória são três institutos processuais que apresentam profundas conexões.

O recurso visa a evitar ou minimizar o risco de injustiça do julgamento único. Esgotada a possibilidade de impugnação recursal, a coisa julgada entra em cena para garantir a estabilidade das relações jurídicas, muito embora corra o risco de acobertar alguma injustiça latente no julgamento. Surge, por último, a ação rescisória que colima reparar a injustiça da sentença trânsita em julgado, quando o seu grau de imperfeição é de tal grandeza que supere a necessidade de segurança tutelada pela res iudicata" (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual Civil - volume III*. 50ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pp. 838-839).

Exatamente por implicar em mitigação da coisa julgada – lembrando que esta última é assegurada pelo artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal como um direito fundamental – a ação rescisória situa-se no plano da excepcionalidade, devendo ser manejada nas hipóteses previstas no artigo 966 do Código de Processo Civil de 2015.

Acesso ao Sumário

Nessa mesma linha de orientação, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"(...) A ação rescisória é uma ação desconstitutiva, com hipóteses de cabimento taxativas para desfazimento da coisa julgada material anteriormente formada em outro processo. E, ressalte-se, no sistema processual brasileiro, com enorme complexo recursal disponível às partes para sanar todos os tipos de vícios processuais que venham ocorrer no longo trâmite do processo, a ação rescisória surge como último remédio, com caráter de extrema excepcionalidade (...)" (AgRg no AREsp 774.117/SP, Relator Ministro Humberto Martins, DJe de 13/11/2015).

E, também, o Supremo Tribunal Federal:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA. EXCEPCIONALIDADE DA RESCISÃO. COISA JULGADA. CLÁUSULA PÉTREA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO CABIMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA. SÚMULA 343/STF. INCIDÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Divergência jurisprudencial não enseja ação rescisória. II – Coisa julgada consiste em cláusula pétrea constitucional, do que decorre a excepcionalidade da rescisão. III – Agravo regimental não provido" (AgRg na Ação Rescisória nº 2.309/CE, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 04/06/2018)

Outra não é a situação dos autos, porquanto presentes os requisitos para a excepcional desconstituição da coisa julgada, ou seja, ante a ocorrência de prova falsa (não, necessariamente, dolosamente forjada, mas, indubitavelmente, divorciada da realidade), bem como erro de fato por parte do aresto rescindendo. Vejamos.

Narra a autora que nos idos de 1982 os réus ajuizaram ação indenizatória em face do Estado de São Paulo, alegando que o Decreto nº 10.251/77, que criou o Parque Estadual da Serra do Mar, impôs restrição ao direito de propriedade sobre o imóvel com área total de 897 hectares, composto integralmente de mata nativa.

Em um primeiro momento a demanda foi julgada improcedente, nos seguintes termos (sentença de fls. 93/99):

"(...) Cuida-se de ação indenizatória proposta por proprietários de área com 897 hectares na Serra do Mar, sob alegação de que prejudicados pela imposição de limitação administrativa decorrente do Decreto Estadual 10.251, de 30.08.77, que criou o "Parque Estadual da Serra do Mar", em cuja área se incluem suas propriedades.

É que foi proibida qualquer forma de exploração dos recursos naturais da área, tipificando-se contravenção penal qualquer dano causado ao Parque, esvaziando-se, por consequência, a faculdade de gozo e fruição do bem (...).

Afirmam existir nexo causal entre o Decreto que impôs a restrição administrativa e os prejuízos que estão experimentando.

Induvidoso, todavia, que já adquiriam a propriedade com a limitação administrativa em questão.

A ninguém é dado o desconhecimento da lei, daí que inexistente o pretextado nexo de causalidade entre a ação e o resultado. Em outras palavras, se adquiriram imóvel que sabiam não poder desmatar, não podem atribuir ao Estado a obrigação de indenizar quando eles, culposamente, deram causa ao resultado. Foram, outrossim, negligentes ou imprudentes em não considerar restrição ou, quando muito, acreditavam que a legislação não seria aplicada.

Acesso ao Sumário

Acrescenta-se, ainda, que nos termos do acordão publicado na RJTJSP 97/160, relatado pelo Des. Macedo Bittencourt, a restrição ao direito de propriedade não decorreu, na verdade, do ato da Administração Estadual, mas da Lei Federal nº 4.771, de 1965 (Código Florestal), cujo art. 2º considera de preservação permanente, pelo só efeito da lei, as florestas situadas nos topos e nas encostas das serras (...).

Em sede recursal, a r. sentença acima transcrita restou anulada, conforme v. acordão de fls. 101/102, a fim de propiciar a realização de perícia, cujo laudo consta dos presentes autos às fls. 105/196.

Sobreveio então nova sentença, que novamente julgou improcedente os pedidos indenizatórios, da qual destaca-se (fls. 546/552):

"(...) A exploração econômica no local é restrita (...). No presente caso, já existiam as mesmas limitações na propriedade dos autores, instituídas que foram pelo Código Florestal, desde 1965, como, aliás, afirmou o perito judicial em resposta ao quesito nº 13 dos autores (...).

O laudo do perito judicial nem mesmo avalia os pretensos danos dos autores, limitando-se o "expert" do juízo a fazer referência aquilo que concluiu a Empresa Cerne Consultores no anexo II de seu lado.

Como bem fundamentou o perito assistente técnico da ré, mesmo que se considerasse aqui a obrigatoriedade de indenizar, seria de se ver que a exploração da madeira existente na área mencionada era totalmente inviável economicamente pois para a aplicação de um plano extrativo gastar-se-ia mais do que o dobro do dinheiro que retornaria: claro, pois trata-se de área de topografia de serras, com grandes desníveis, inviabilizando pois qualquer atividade econômica. Isto poderia ser verificado se qualquer dos peritos tivesse se dado ao trabalho de fornecer aqui um estudo topográfico da área que sofre limitações, mas tal levantamento topográfico não consta do processo, havendo meramente referência vaga à topografia nos trabalhos periciais. O perito judicial nem refere ter ido vistoriar as terras, o que permite supor que não foi. Todavia, é fácil concluir que a área em questão pertence à Serra do Mar e deve ter topografia acidentadíssima e deve ser portanto protegida da possibilidade de extração da madeira ali existentes, até mesmo porque seria caríssima uma tal extração, o que torna inviável pensar-se em qualquer indenização aos autores neste processo.

Mesmo que não houvesse qualquer lei federal protegendo aqueles recursos naturais, é obvio que a extração das madeiras existentes na área da serra seria não só inviável economicamente como totalmente desaconselhável do ponto de vista ecológico. Também não interessaria aos proprietários daquelas terras extrair madeiras de encostas íngremes, porque isto seria o primeiro passo para o início certo de um processo de erosão que inutilizaria de uma vez as mencionadas terras.

Portanto, como se vê, não é possível o acolhimento da demanda".

Interposta apelação, a colenda Décima Quarta Câmara Civil desta Corte, em v. acordão relatado pelo. Exmo. Des. Brenno Marcondes, entendeu por bem dar provimento ao recurso, nos seguintes termos (fls. 558/561):

"(...) É mais do que evidente que com a criação do Parque Estadual da Serra do Mar, objetivando a preservação do ambiente ecológico da Serra do Mar, impôs restrições ao direito de propriedade, cabível a indenização".

Que houve ocupação da área e que o ato é ilícito não se discute.

Permanecendo a ocupação, sem devolução ao proprietário, inegável o direito pleiteado, pois com a incorporação da área à do Parque, registrando reflexos no pleno exercício da propriedade, emerge natural ocorrência de danos, impôs-se a identificação

Acesso ao Sumário

da sua extensão e indenização correspondente.

O artigo 524 do Código Civil assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e não admite o 'confisco'.

Admitir-se a criação de um Parque Ecológico e declarar de preservação permanente, mesmo que sejam 20% da sua área total, apossar-se deles e proibir que seus legítimos proprietários dele usem e disponham, sem qualquer indenização, e legitimar o confisco.

O ato de impedir proprietário de desmantar, mesmo que seja parte razoável de sua propriedade pelo decreto de criação do Parque representa interdição de uso da propriedade e, neste caso perfeitamente indenizável. Impossível confundir-se as simples limitações previstas pela Lei nº 4.771 de 15 de setembro de 1.965 (Código Florestal), com a proibição de desmatamento e uso de uma floresta que cubra total ou parcialmente uma propriedade, pois isso nada mais representaria que verdadeira 'interdição do uso da propriedade', só possível com indenização prévia, justa e em dinheiro à título de compensação pela perda do direito de uso da propriedade e desaparecimento do seu valor econômico.

As críticas do assistente técnico da ré são em parte acolhidas. Entendeu o digno louvado ser passível de indenização apenas a terra nua.

Contudo não se pode deixar de lado eventual possibilidade de atividade extrativa da região, pouco importando possua ela ou não uma infraestrutura adequada.

No caso, não se cuida de limitação parcial de parte da floresta, mas de total interdição de uso e alienação de grande parte da propriedade (20% da sua área total) e dessa forma devem ser indenizados não só a terra nua, mas também a floresta nela existente (...).

A indenização cabível é a representada pela somatória dos valores apurados pelo louvado da ré (143.576 BTNs pela terra nua e 2.100.000 BTNs pela mata virgem), fixada a indenização em 2.243.576 BTNs, acrescida de juros compensatórios de 12% a partir da imissão na posse e juros de mora de 6% ao ano contados do trânsito em julgado".

O v. acordão acabou por prevalecer, transitando em julgado em 08.03.2000 (fls. 672), ante o não conhecimento dos recursos dirigidos pela Fazenda do Estado aos tribunais superiores.

Diante deste cenário, e com devida vênia, tem-se que o pedido formulado na presente ação rescisória, como já adiantado, merece procedência.

A indenização determinada na ação indenizatória fundamentou-se basicamente em suposta ocupação da área pelo Poder Público, bem como no esvaziamento do potencial econômico decorrente de possível exploração madeireira da área. Contudo, nenhuma dessas situações ocorreu de fato.

Com efeito, em verdade não houve no caso em comento apossamento indevido ou desapropriação em razão da criação do Parque Estadual da Serra do Mar, tampouco houve perda do potencial econômico do imóvel.

O Decreto Estadual nº 10.251/1977 estabeleceu normas de proteção ambiental e criou o Parque Estadual da Serra do Mar, em consonância com as determinações constitucionais e constantes da Lei Federal nº 4.771/1965, que dispunha sobre o Código Florestal. A citada norma estadual não vedou a exploração econômica da área, cujas restrições já eram impostas pelo também já

Acesso ao Sumário

mencionado Código Florestal.

O artigo 225 da Constituição Federal já determinava que:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização farse-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

E o artigo 1º da Lei Federal nº 4.771/1965, era expresso quanto à limitação do exercício dos direitos da propriedade sobre as florestas e coberturas vegetais:

Art. 1º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

Assim sendo, não há falar em pagamento de indenização por desapropriação indireta nos casos de impossibilidade de exploração de determinadas atividades econômicas sobre a restrição administrativa imposta pela criação do Parque Estadual da Serra do Mar.

Acesso ao Sumário

Desse modo, na espécie, não há qualquer prova de prejuízo aos réus em razão da criação do Parque Estadual da Serra do Mar, sendo certo, na linha do entendimento acima delineado, que as limitações impostas pelo Decreto Estadual nº 10.251/77 não têm o condão, por si sós, de gerar direito à indenização, porquanto não implicaram em apossamento administrativo, mas em mera tutela protetiva do meio ambiente.

Não há que se falar, por conseguinte, em indenização pela terra nua, como se perda, direta ou indireta, de propriedade tivesse havido, pois não se trata aqui, a toda evidência, de desapropriação, ante a ausência de qualquer transferência de propriedade para o Poder Público, fato incontroverso nos autos.

Igualmente não há que se falar em indenização pela floresta nativa, porquanto a vegetação de mata atlântica existente no terreno não estava à disposição dos réus, mesmo antes da criação do Parque Estadual, inexistindo o alegado potencial madeireiro, mesmo porque qualquer exploração econômica ali efetuada acarretaria ilícito ambiental, em face das já preexistentes restrições impostas pelo Código Florestal.

Logo, e com o respeito sempre devido a entendimento divergente, tem-se pelo reconhecimento da insubsistência do aresto rescindendo.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ao igualmente tratar da inexistência de direito à indenização em virtude das limitações administrativas decorrentes da criação do Parque Estadual da Serra do Mar:

"ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DECRETO ESTADUAL 10.251/77. CRIAÇÃO DO PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO MAR. ESVAZIAMENTO DO CONTEÚDO ECONÔMICO DA PROPRIEDADE. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. LIMITAÇÕES PREEXISTENTES EM DECORRÊNCIA DE OUTRAS NORMAS. SÚMULA 168/STJ. 1. A criação do Parque Estadual da Serra do Mar não gera direito à indenização pura e simplesmente, eis que as limitações administrativas previstas no Decreto Estadual 10.251/77 já estavam anteriormente entabuladas no Código Florestal, sendo devida a indenização somente no caso de restar comprovada limitação administrativa mais extensa que as já existentes na área antes do decreto e, também, prejuízo concreto decorrente da impossibilidade de exploração econômica da propriedade. 2. 'Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado' (Súmula 168/STJ). 3. Embargos de divergência não conhecidos" (EREsp nº 610.158/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 22/09/2008);

"ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PARQUE SERRA DO MAR. INDENIZAÇÃO. INOCORRÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DA AÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZOS. PROPRIEDADE VINCULADA À FUNÇÃO SOCIAL. MATA ATLÂNTICA. PRESERVAÇÃO. 1. Recurso especial contra v. Acórdão que apreciou Ação de Indenização por Desapropriação Indireta contra o Estado de São Paulo, referente a imóvel localizado no Parque Serra do Mar. 2. Do exame dos autos, verifica-se que estão comprovados os seguintes aspectos: a) o Estado de São Paulo, em nenhum momento, apossou-se dos imóveis dos recorridos; b) as certidões imobiliárias não identificam, com clareza, os imóveis objeto da indenização, pois há descrições nas referidas certidões que excluem parcelas de imóveis, fazendo-se menção a outra transcrição, conforme documento acostado; c) há dificuldades para se identificar se os imóveis men-

Acesso ao Sumário

cionados na inicial se constituem num imóvel contíguo ou não. 3. A presente ação não pode ser enquadrada como uma expropriatória indireta, visto que não estão presentes os pressupostos que orientam tal espécie de ação. Inexiste apossamento administrativo por parte do Estado, nem este praticou, com relação à propriedade discutida, qualquer esbulho ou ilícito que causasse prejuízo aos autores. Em nenhum momento os autores provaram haver apossamento, esbulho ou qualquer outro ilícito por parte do Estado ou seus pressupostos com relação à propriedade. O imóvel sempre permaneceu no mesmo estado, ou seja, intocado, quer pelos autores, seus antecessores, ou mesmo pelo poder público, quer por força da legislação federal quer em face da legislação municipal que orienta o uso e ocupação do solo local. 4. Nenhuma indenização é devida, pelo fato de nenhum prejuízo terem sofrido os recorridos. O uso da propriedade está vinculada a sua função social. Esta tornou-se presente com a necessidade de preservar-se, para o bem da humanidade, os recursos naturais da Mata Atlântica. Não exploravam qualquer atividade comercial ou industrial no imóvel, dele não obtendo renda de qualquer limite. Não há de se chancelar indenização no valor de mais de 4,5 milhões de reais, fixada em 1995, acrescido de juros de mora, juros compensatórios, correção monetária e honorários, para cobrir alegadas limitações administrativas em 112 ha. de terra sem qualquer exploração econômica. 5. Recurso provido" (REsp nº 468.405/SP, Rel. Ministro José Delgado, DJe 19/12/2003).

Outra não é a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça, inclusive deste colendo Segundo Grupo de Direito Público, conforme se verifica dos seguintes precedentes tirados de ações idênticas a ora em exame:

"Ação Rescisória – Violação manifesta de norma jurídica – Art. 966, VI, CPC – Verificação – Ação de desapropriação indireta por suposto apossamento indevido decorrente da criação do Parque Estadual da Serra do Mar – Decreto Estadual nº 10.251/1977 – Restrições ambientais já constantes do Código Florestal – Direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo – Inexistência do alegado esvaziamento econômico – Ação rescisória julgada procedente" (Ação Rescisória nº 0014677-26.2009.8.26.0000, Rel. Desª. Ana Liarte, j. 17.02.2020);

"Ação rescisória – Violação de literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC) caracterizada – Acórdão que acolhe embargos infringentes fixando vultosa indenização por alegado apossamento administrativo do imóvel sem apreciar a tese suscitada pelo Estado réu em sua contestação – Simples promulgação e publicação de lei estadual nº 4.529/85 com limitações ao uso da propriedade que não podem ser vistas como apossamento administrativo, máxime quando lei bem anterior, a lei federal nº 4.771/65 (Código Florestal) já continha as mesmas restrições Lei estadual que não inovou em matéria de restrição administrativa ao uso da propriedade – Rescisória julgada procedente, julgando-se improcedente a ação indenizatória" (Ação Rescisória nº 9042926-04.2004.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 24.03.2014);

"*AÇÃO RESCISÓRIA – PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO MAR. Indenização por aventado apossamento administrativo. Acórdãos rescindendos (apelação e embargos de declaração), que trataram a ação como de desapropriação indireta, imputaram ao Estado o pagamento de indenização pela terra nua, apenas e tão-somente, conquanto constatada a inaproveitabilidade econômica da área, tendo sido determinada a transmissão da propriedade ao Estado. Dolo (artigo 485, III, CPC). Alegação do Estado de São Paulo, autor da ação rescisória, de que a ré, COPEBRÁS (atual ANGLO AMERICAN FOSFATOS BRASIL LTDA), agiu com dolo, uma vez que tinha ciência da degradação da área, isto é, de que a área não possuía potencial proveito econômico, rogando, assim, a res-*

Acesso ao Sumário

cisão dos vv. arestos e consequente decreto de improcedência da ação de indenização, nos termos do inciso III, do artigo 485 do CPC. Inadmissibilidade de acolhida dessa pretensão, na espécie. Rescisão do Acórdão e afastamento da indenização, sob esse fundamento, que reclamava a comprovação de atuação dolosa da ora ré (dolo processual), o que não se verificou. Prova falsa (artigo 485, VI, CPC). Perícia. Utilização primieva do método involutivo, com adoção de elementos paradigmas que se constituíam de áreas urbanas, ao passo que a área objeto da celeuma é rural. Desconsideração, ademais, nesse sentido, do fato de que se trata de área situada em região de escarpas, nos contrafortes da Serra do Mar, extremamente poluída, na qual ocorreram deslizamentos, sendo local de impossível loteamento ou urbanização. Ausência de levantamento topográfico que implicou em determinação de pagamento de indenização por área superior àquela alcançada pelo 'Parque Estadual da Serra do Mar'. Falsidade da perícia cujo reconhecimento é de rigor. Laudo elaborado na ação rescisória que não sanou vícios do laudo adotado nos vv. arestos rescindendos. Violação a literal disposição de lei (artigo 485, V, do CPC - artigos 282, II e III, 383, I, do CPC e do D.-lei n.º 3.365/41). Violação literal de disposição de lei, em especial da Carta Magna (artigo 5º, inciso XXIV), impondo- se, assim, a rescisão dos vv. arestos, em sede de 'iudicium rescindens'. Reanálise da causa, na esfera do juízo rescisório, que leva à conclusão de que a ação movida pela ora ré em face da FAZENDA ESTADUAL improcede. Não caracterização de desapropriação indireta. Parque que foi instituído por decreto estadual em local em que já havia, pelo Código Florestal, limitações administrativas, em grande ou na maior parte, superpondo- se, territorialmente, às mesmas. Limitação administrativa que já existia (precedendo o parque estadual, inclusive) geral, impessoal. Indenização que reclamava a comprovação de esvaziamento econômico da propriedade em razão da limitação administrativa, o que não se verificou. Juiz que não está adstrito ao laudo. Ausência de desapropriação ou apossamento, impossibilidade de perícia para avaliar o que não foi apossado. Ação rescisória procedente para: a) rescindir o v. julgado colegiado atacado, em juízo rescindendo; e b) em sede de juízo rescisório, julgar improcedente a ação de cognição movida pela COPEBRÁS (ANGLO AMERICAN FOSFATOS BRASIL LTDA) em face do ESTADO DE SÃO PAULO" (Ação Rescisória nº 007759496.2000.8.26.0000, Rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, j. 09.04.2014).

Incorporados os fundamentos acima, indubitável que restam improcedentes os pedidos formulados na ação indenizatória primeva.

Cabe por fim breve consideração acerca da prova pericial produzida nos presentes autos.

O laudo carreado às fls. 1.759/1.921, complementado pelos esclarecimentos de fls. 2.058/2.111 e fls. 2.209/2.297, "*reconhece a validade e fidedignidade dos dados obtidos, vistorias, inventários, diligências e manifestações produzidas pelo perito Judicial Valdemar Antônio Demétrio no curso da instrução do processo nº 1.525/85 da 3ª Vara do Fórum da Fazenda Pública*". A perícia aqui realizada acabou, pois, por ratificar aquela produzida nos autos da ação indenizatória.

Entretanto, "*conforme posição sólida do STJ, o juiz não está vinculado às conclusões do laudo pericial, em razão do princípio da livre convicção, se as regras de experiência e os demais elementos de prova permitirem juízo em sentido contrário à opinião do perito*" (STJ, AgInt no AREsp nº 1.890.383/RS,

Acesso ao Sumário

Rel. Herman Benjamin, DJe de 16/12/2021).

Com efeito, este colendo Segundo Grupo, quando determinou a realização de instrução probatória, assim o fez para sanar alegação de nulidade consistente em cerceamento de defesa, porquanto defeso ao Juízo, em tese, acolher pretensão autoral sem oportunizar à parte requerida seu amplo direito à defesa, neste compreendido, como consabido, o direito à prova.

Porém, uma vez sanado o vício, com exaustiva produção probatória, este Colegiado, por sua vez, é livre para formar convicção motivada acerca da controvérsia, inexistindo, por evidente, vinculação ao laudo pericial.

No caso em comento, outra não é a situação dos autos, uma vez que a pretensão da autora merece prevalecer – em que pese a prova pericial produzida –, haja vista que fortemente amparada pelo entendimento jurisprudencial deste E. Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça, conforme precedentes supra apontados. Neste aspecto, ressalta-se que no julgamento da Ação Rescisória nº 007759496.2000.8.26.0000 (Rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, j. 09.04.2014), cuja ementa consta transcrita acima, a prova pericial produzida também se mostrou insuficiente para alterar a convicção do órgão julgador acerca da procedência da ação rescisória.

Nesse sentido, nunca é demais lembrar, para o fim de possível uniformização da jurisprudência, que cabe aos Tribunais mantê-la estável, íntegra e coerente, nos termos dos arts. 926 e 927 do Código de Processo Civil.

Em reforço, o Conselho Nacional de Justiça elaborou a Recomendação nº 134/2022, demonstrando a clara preocupação com a observância dos precedentes, sejam obrigatórios ou persuasivos, como instrumento de pacificação das questões controvertidas e, principalmente, de concretização dos princípios da isonomia e segurança jurídica. De seu teor, merecem destaques os seguintes dispositivos:

Art. 1º O sistema de precedentes representa uma nova concepção de jurisdição, em que o Poder Judiciário procura não apenas resolver de modo atomizado e repressivamente os conflitos já instaurados, mas se preocupa em fornecer, de modo mais estruturado e geral, respostas às controvérsias atuais, latentes e potenciais, de modo a propiciar a efetiva segurança jurídica.

Art. 2º Recomenda-se aos tribunais que, nos termos do art. 926 do CPC/2015, com regularidade, zelem pela uniformização das questões de direito controversas que estejam sob julgamento, utilizando-se, com a devida prioridade, dos instrumentos processuais cabíveis.

(...)

Art. 8º Os precedentes devem ser respeitados, a fim de concretizar o princípio da isonomia e da segurança jurídica, bem como de proporcionar a racionalização do exercício da magistratura.

Assim, para o caso em debate, inexiste razão para não se aplicar a orientação jurisprudencial construída acerca da controvérsia em exame, ainda que não se ignore a prova pericial produzida.

Assim sendo, pelo meu voto julgo procedente a ação para: **(a)** em juízo

rescindente, nos termos dos artigos 485, V e IX, do CPC/1973 (art. 966, V e VIII, do CPC/2015) rescindir o julgado proferido na Apelação Cível nº 195.935-2/3; e **(b)** em juízo rescisório, julgar improcedente a ação indenizatória movida por Fausto Borges Barcellos e Regina Augusta do Amaral Barcellos em face da Fazenda do Estado. Sucumbente, fica a parte requerida condenada ao pagamento das custas e demais despesas processuais, bem como honorários advocatícios que fixo, conforme o artigo 85, §8º, do CPC vigente, no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2277841-53.2023.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados SANTOS BRASIL LOGISTICA S.A. e BANDEIRANTES DEICMAR LOGÍSTICA INTEGRADA S.A.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. - sustentaram o Douto Procurador de Justiça Dr. Luís Fernando de Moraes Manzano, Dr. José Urbano Cavalini Junior, OAB: 189588/SP e o Dr. Reginaldo Egertt Ishii, OAB: 245249/SP.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.353)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente sem voto), MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2024.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação Civil Pública – Obrigação de Fazer – Ao menos sob um exame perfunctório, não se configuram quaisquer das causas mencionadas que recomendam a reforma da decisão recorrida – Exame mais aprofundado ensejaria juízo de valor quanto ao mérito da própria ação principal, o que não se afigura possível, sob pena de supressão de instância – A liminar busca afastar concentração de caminhões na marginal da Anchieta, situação que prejudica os moradores do Jardim São Manoel. O afastamento dos caminhões,

pura e simplesmente, significa prejudicar toda uma gama de trabalhadores que não têm outra alternativa para acessar o porto de Santos. E também se transformaria em grave empecilho à atividade mercantil de todo o país. Por ora não se pode conceder a liminar pretendida – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento apresentado pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo** contra ato que considera ilegal do **MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Santos**, *Dr.* ***André Diegues da Silva Ferreira***, e consistente em indeferir a liminar pleiteada na ação civil pública apresentada contra a **Santos Brasil Logística S.A. e outras.**

Recurso tempestivo e contrariado a fls. 726 e 746.

Parecer da Douta Procuradoria de Justiça é pelo provimento do presente recurso (fls. 770).

É o relatório.

Trata-se de agravo de instrumento retirado de decisão interlocutória (fls. 416 e 569-1g) que indeferiu a liminar pleiteada que buscava obrigar as agravadas a adotar providências a fim de evitar o acúmulo de caminhões na marginal da Anchieta, permitindo a fluidez do trânsito de pessoas e veículos que transitam nas imediações, especialmente no bairro Jardim São Manoel, localizado na comarca de Santos/SP.

O MM. Juiz oficiante indeferiu a liminar forte na tese que (fls. 417-1g):

É importante esclarecer que, em se tratando de concessão de tutela provisória, a medida revela-se excepcional, não podendo ser concedida se não estiver expressamente caracterizada como uma das hipóteses legais ou ficar realmente demonstrado o risco de dano no caso de não concessão da ordem. Com efeito, a questão trazida em juízo é complexa e exige a análise de matéria de fato e direito, instaurando-se o contraditório com ampliação da instrução probatória. Além do mais, como bem destacou o Ministério Público, os alegados impactos causados à população que transita e reside no bairro Jardim São Manoel e no seu entorno, se decorrentes de conduta atribuída às rés, não são recentes, mas apenas se intensificaram após as obras viárias da "Nova Entrada de Santos", de modo a arredar uma situação de urgência, requisito necessário ao deferimento da tutela provisória de urgência. Vale lembrar que, somente quando a ampla defesa implicar numa certeza da ineficácia do provimento postulado é que se admite a inversão da sequência cronológica de aplicação dos princípios da efetividade da tutela e do contraditório, sacrificando-se, provisoriamente, este último para assegurar a tutela. Portanto, a despeito do r. entendimen-

Acesso ao Sumário

to do i. Promotor de Justiça, indefiro a tutela de urgência.

Registre-se que o recurso comporta limites, pois não se pode adentrar a análise do mérito, mas apenas da correção, ou não, da r. decisão proferida em sede de tutela de urgência, quanto à existência de prova inequívoca da verossimilhança das alegações da parte e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, caso a medida seja deferida apenas ao final do processo.

A concessão de liminares se submete ao princípio do livre convencimento racional, sendo desaconselhável, portanto, modificar as decisões de primeiro grau de jurisdição que as indeferem, salvo quando ilegais, irregulares, teratológicas ou eivadas de nulidade insanável.

Não se configuram quaisquer das causas mencionadas que recomendam a reforma da decisão recorrida que se mostra coerente e cautelosa, para a fase processual desta lide.

Um exame mais aprofundado da questão por certo ensejaria juízo de valor quanto ao mérito da própria ação principal, o que não se afigura possível, sob pena de supressão de instância.

A liminar busca afastar concentração de caminhões na marginal da Anchieta, situação que prejudica os moradores do Jardim São Manoel.

Sem dúvida é correta a preocupação do Ministério Público que busca alternativas para a situação, de modo a melhorar a vida dos moradores do Jardim São Manoel e de tantos outros que necessitam utilizar a referida rodovia.

Mas as causas dessa concentração sequer são ainda identificadas de forma perfeita, tanto que ora se fala no modo de operação das empresas requeridas, ora na forma de atuação das demais empresas de mesmo propósito, ora nas obras que foram feitas para melhoria do acesso a Santos, ora na própria atividade portuária.

Noticiou-se, outrossim, obras do Estado para a melhoria da situação que aqui se estuda.

Tudo isso indica que a concessão da liminar seria, agora, inócua, por falta de determinação precisa das obrigações que deveriam ser cumpridas para o afastamento dos inconvenientes que estão sendo causados.

Mas o afastamento dos caminhões, pura e simplesmente, significa prejudicar toda uma gama de trabalhadores que não têm outra alternativa para acessar o porto de Santos. E também se transformaria em grave empecilho à atividade mercantil de todo o país, dependente desse transporte. Medida impensada pode resultar em dano maior que aquele que hoje a concentração de caminhões causa. Por isso, por ora não se pode conceder a liminar pretendida.

Dessarte nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2281217-47.2023.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante RADQUIM PRODUTOS AUTOMOTIVOS EIRELI, é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. - sustentaram os Drs. Paulo David Cordioli - Procurador do Estado e Paula Caroline Velasque Cruz, OAB: 75511/SP", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.554)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente sem voto), CAMARGO PEREIRA e ENCINAS MANFRÉ.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2024.

MARREY UINT, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica – Deferimento de liminar de indisponibilização de bens de todo o denominado grupo econômico (pessoas jurídicas e físicas administradoras) – Proporcionalidade – Afastamento da incidência da Lei nº 8.397/92 reconhecido pela próprio Agravado e que, contudo, não impede o deferimento do pedido liminar baseado no arcabouço legal próprio ao requerimento – Observância ao devido processo legal e às determinações dos artigos 133 a 137 c/c 300 e 301 do CPC – Indisponibilidade de bens que está contida dentre as medidas cautelares possíveis – Bem delineada a probabilidade do direito e o risco ao resultado útil do processo que fundamentou a decisão de Primeiro Grau – Art. 50 do CC – Pessoas jurídicas com administração singular, constituídas por parentes consanguíneos do diretor principal, acumuladoras de débitos com o Fisco e possuidoras de bens incompatíveis com o seu fluxo financeiro – Indícios contundentes de abuso da personalidade jurídica – Inadimplência contumaz e risco de realização de novos débitos – Precedentes – Necessidade pontual de readequação da fundamentação legal da decisão de Primeiro Grau – Agravo não provido, com observa-

Acesso ao Sumário

ção.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Radquim Produtos Automotivos EIRELI contra decisão a fls. 1010/1020 dos autos originários, prolatada pela MMa. Juíza Patricia Cotrim Valério, que, em incidente de desconsideração da personalidade jurídica, deferiu pedido de tutela antecipada a fim de reconhecer liminarmente a existência de indícios contundentes de formação de grupo econômico e de abuso da personalidade jurídica, bem como determinar a indisponibilidade de bens até o limite do débito fiscal exequendo em relação a 9 pessoas jurídicas e 5 pessoas físicas, atingindo na oportunidade 18 execuções fiscais.

Aduz a Agravante que a decisão é incorreta, pois em algumas das execuções fiscais mencionadas sequer se concluiu o ciclo de citação. Afirma ainda que não houve requerimento específico que atraísse a aplicação da Lei nº 8.397/92, disciplinadora da chamada "medida cautelar fiscal", ocasionando assim vício insanável de fundamentação que determina a nulidade das medidas constritivas determinadas, pois tal cautelar seria incompatível com o rito próprio dos artigos 133 a 137 do CPC (incidente de desconsideração da personalidade jurídica).

Contraminuta a fls. 33/69.

Tutela indeferida a fls. 449/450.

Após afastada a prevenção pelo Des. Renato Delbianco, da C. Segunda Câmara de Direito Público (fls. 457/458), os autos foram distribuídos livremente a este Relator.

É o relatório.

E, aqui, sem razão a Agravante.

Houve, de fato, o reconhecimento pelo próprio Agravado da ausência de requerimento específico com base na Lei nº 8.397/92 (que "*Institui medida cautelar fiscal e dá outras providências*"), estando a decisão de Primeiro Grau equivocada ao utilizá-la como fundamento.

Pontue-se que a Lei nº 8.397/92 não possui hipótese de incidência de ofício, devendo haver requerimento específico das partes interessadas (art. 1º e 2º do diploma legal) a fim de que seja aplicável.

Todavia, na ausência da incidência da lei especial, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica tramita tendo por base as regras específicas do Código de Processo Civil, quais sejam os seus artigos 133 a 137:

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º ***O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.***

Acesso ao Sumário

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. ***O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.***

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º ***O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.***

Art. 135. ***Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.***

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

(grifos nossos)

E, dada a sua própria sistemática, possível a aplicação das medidas constritivas liminares inscritas nos artigos 300 e 301 do CPC, como efetivamente requeridas pelo Agravado, as quais compreendem, ao ver deste Relator, a indisponibilidade geral de bens:

Art. 300. ***A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.***

§1º. Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar ***pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto***

Acesso ao Sumário

contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguração do direito.

(grifos nossos)

Ora, sendo possível ao Magistrado, diante da existência de probabilidade do direito e de risco ao resultado útil do processo, a realização até mesmo de medidas mais contundentes de apossamento de bens, como o arresto e o sequestro, em tal conjunto também deve estar contemplada a possibilidade de decretação da indisponibilidade de bens, menos gravosa.

Dessa maneira, em que pese a atecnicidade pontual da decisão de Primeiro Grau quanto à indicação de seus fundamentos legais, está ela amparada pelo arcabouço legal referente tanto à desconsideração da personalidade quanto ao deferimento de medida liminar de tutela da pretensão final do Fisco: o pagamento de vultoso débito fiscal.

Há indício relevante da configuração de grupo econômico administrado, em realidade, por pessoa singular (dadas as procurações de plenos poderes elaboradas pelos demais sócios, todos familiares do diretor real); e foi constatada ausência de bens de propriedade da empresa devedora principal em vulto compatível com seu fluxo financeiro, a indicar, assim, o rearranjo patrimonial com a finalidade de que tais bens não pudessem ser gravados pelas execuções fiscais em andamento. Há, nesse caso concreto, subsunção liminar à hipótese do artigo 50 do CPC:

> *Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.*

Bem delineada, também, a urgência, tendo em vista a capilaridade do grupo econômico e o potencial de uso das demais pessoas jurídicas como fachada para proteção ilícita do capital acumulado, que deveria responder pelas dívidas tributárias com o Poder Público (artigo 135, III, do CTN). Trata-se de débito vultoso e recorrente, o qual está abarcado por diversos processos fiscais em andamento, sendo assim proporcional à Administração a adoção de ações mais efetivas voltadas a garantir o pagamento da dívida e também a impedir a permanência do uso ilícito das pessoas jurídicas indicadas como alicerce para contração de novos débitos.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. Recurso tirado contra decisão que deferiu

tutela provisória de urgência voltada à indisponibilidade de bens dos agravantes. Pessoa jurídica que se reputa concentrar débitos da ordem de R$ 170 milhões de reais em tributos estaduais. Inexitosas tentativas de apreensão financeira via SISBAJUD, malgrado vultoso faturamento da pessoa jurídica nos últimos dois exercícios fiscais (2021/2022). Avistável blindagem do patrimônio da pessoa jurídica mediante doação de imóveis dos sócios às filhas, inclusive com posterior alienação fiduciária destes bens com liberação de crédito em favor da pessoa jurídica. Indícios de confusão patrimonial. Indisponibilidade de bens que se insere no dever -poder geral de cautela do magistrado. Sério risco de esvaziamento da garantia. Indisponibilidade que não retira o domínio, em definitivo, de bens daquele que é atingido pela medida. Preservação do deliberado na origem, observando o critério de prestígio à solução do primeiro grau, na esfera das medidas de urgência. RECURSO DESPROVIDO.
(TJSP; Agravo de Instrumento 2136405-09.2023.8.26.0000; Relator: Márcio Kammer de Lima; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Diadema - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 14/07/2023; Data de Registro: 14/07/2023)

EXECUÇÃO FISCAL. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Tutela de urgência. Bloqueio online de ativos financeiros e indisponibilidade dos bens do agravante, que é sócio da executada. Indícios de existência de grupo econômico de fato, com abuso da personalidade jurídica da sociedade empresária executada. Admissibilidade. Poder geral de cautela do juiz previsto no art. 301 do CPC. Inteligência dos arts. 124, I, II e 135, III, do CTN e no 50 do CC. Bloqueio de ativos que é adequado à preservação da ordem prevista no artigo 835 do CPC e eficaz para garantir que o processo de execução atinja seus objetivos. Agravante que, ademais, nem sequer comprovou que a constrição colocará em risco a sua sobrevivência. Excesso dos bloqueios não demonstrado. Precedentes deste Tribunal. Agravo não provido.
(TJSP; Agravo de Instrumento 2112648-83.2023.8.26.0000; Relator: Antonio Carlos Villen; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Diadema - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 26/06/2023; Data de Registro: 26/06/2023)

Agravo de Instrumento – Execução fiscal – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – GRUPO ECONÔMICO DE FATO – ABUSO DE DIREITO – Decisão agravada que, em sede de execução fiscal, deferiu o pedido da FESP no sentido de que fosse desconsiderada a personalidade jurídica da empresa-executada, Estruturas Metálicas Baptistella Ltda., de modo a permitir que fossem igualmente responsabilizadas pelo débito sub executio todas as empresas integrantes do grupo

Acesso ao Sumário

econômico de fato descrito pela exequente – Acerto – Indícios de abuso do direito por parte da empresa-executada, a partir da constituição de novas pessoas jurídicas, com o mesmo objeto, mesmo administradores e mesmo endereço da sede empresarial, com o precípuo escopo de fugir às responsabilidades obrigacionais que lhe eram próprias – Inteligência do art. 50, do CC/2002 e Enunciado nº 406, aprovado pela V Jornada de Direito Civil do CJF – Plausibilidade das alegações da exequente que viabilizam a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 1º, da LEF cc. art. 133 e ss., do CPC/2015), sem prejuízo da possibilidade de deferimento, inaudita altera parte, da tutela de urgência cautelar consistente na indisponibilidade de ativos financeiros em nome das empresas contra as quais se pretende estender o processo executivo (art. 854, do CPC/2015) – Contraditório diferido resguardado para a fase instrutória do incidente, pelo que inexiste violação à garantia de ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, inciso LV, da CF/88) – EXCESSO DE PENHORA – Inocorrência – possibilidade de singela adequação da ordem de constrição ao limite quantitativo da execução fiscal – Decisão integralmente mantida. Recurso da empresa-contribuinte desprovido, com determinação.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2241817-02.2018.8.26.0000; Relator: Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Lençóis Paulista - Setor das Execuções Fiscais; Data do Julgamento: 04/02/2019; Data de Registro: 08/02/2019)

Importante aqui pontuar que, dada a natureza da desconsideração da personalidade jurídica, enquanto instrumento autônomo de debate específico, é proporcional que afete as execuções fiscais em andamento independentemente da fase processual em que se encontrem, já que, em cada uma, ainda serão debatidos os aspectos meritórios de cada débito considerado. A ausência de citação não impede por si só a tomada de medidas liminares, como é próprio ao Processo Civil, e a indisponibilidade de bens não se equipara ao arresto, pois não há transferência efetiva da posse dos bens indisponibilizados.

Acesso ao Sumário

Aliás, diversamente do alegado pela Agravante, não houve apensamento ou tratamento em bloco do desenvolvimento processual de cada uma das Execuções Fiscais arroladas. Há, apenas, o reconhecimento da despersonalização dos agentes em grupo econômico e o deferimento da medida cautelar de indisponibilidade global, os quais afetam as Execuções sem obstar seu processamento individualizado.

Assim sendo, **é de se indeferir os pedidos formulados por meio deste Agravo de Instrumento**, mantida a decisão de Primeiro Grau quanto a seus efeitos e modificada apenas sua fundamentação legal, que passa a ser os artigos 133 a 137 c/c 300 e 301 do CPC.

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.

Diante do exposto, **nega-se provimento ao recurso da Agravante**, com observação.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1009623-23.2019.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ, é apelado CCR - AUTOBAN – CONCESSIONÁRIA DO SISTEMA ANHANGUERA-BANDEIRANTES 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. Felipe Schachtitz Trewikowski, deram provimento ao recurso da autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.920)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2024.

FRANCISCO BIANCO, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM – DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – INSTALAÇÃO DE INFRAESTRUTURA E EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS – PRETENSÃO DA PARTE AUTORA-RECONVINDA AO RECONHECIMENTO DA ILEGITIMIDADE DA COBRANÇA PELO USO DO ESPAÇO AÉREO DA FAIXA DE DOMÍNIO DE RODOVIA SOB CONCESSÃO – POSSIBILIDADE – PRETENSÃO DA PARTE RÉ-RECONVINTE

Acesso ao Sumário

AO RECONHECIMENTO DA ONEROSIDADE E O PAGAMENTO PELA OCUPAÇÃO DO MESMO ESPAÇO AÉREO – IMPOSSIBILIDADE. 1. Inconstitucionalidade da cobrança, por força do uso de faixa de domínio de Rodovia e, inclusive, o respectivo espaço aéreo, em decorrência da instalação de infraestrutura e equipamentos necessários à prestação de serviço público de distribuição de energia elétrica. 2. Competência exclusiva da União Federal, para legislar e explorar os serviços e instalações de energia elétrica (artigos 21, XII, "b" e 22, IV, CF; Tema nº 261, do C. STF). 3. Impossibilidade de prevalência das seguintes disposições legais, administrativas e contratuais: a) artigo 11 da Lei Federal nº 8.987/95; b) Portaria ARTESP nº 18/10; c) Portaria SUP/DER nº 50/09; d) cláusula nº 30.1, inciso VI, do Edital de Licitação nº 007/CIC/97. 4. A instalação de infraestrutura e equipamentos necessários à prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica, mediante a utilização da respectiva faixa de domínio, ou então, principalmente, de espaço aéreo, não acarreta nenhum gravame, restrição adicional ou extraordinária à concessionária responsável pela exploração e administração da rodovia em questão. 5. Precedentes da jurisprudência dos CC. STF, STJ, deste E. Tribunal de Justiça e, inclusive, desta C. 5ª Câmara de Direito Público. 6. Em Primeiro Grau de Jurisdição: a) improcedência da ação de procedimento comum, objetivando o reconhecimento da ilegitimidade da cobrança da parte ré pela ocupação do espaço aéreo da Rodovia dos Bandeirantes, SP-348, Kms 143+206 e 143-192m, para a passagem de cabos de transmissão de rede de energia elétrica; b) procedência da reconvenção, para condenar a parte autora-reconvinda ao pagamento anual de R$9.299,53, decorrente da ocupação do mesmo espaço aéreo, desde o cumprimento da tutela provisória de urgência, concedida no início da lide. 7. Sentença, recorrida, reformada, invertidos os resultados iniciais das lides, principal e acessória, para o seguinte: a) julgar procedente a ação de procedimento comum; b) julgar improcedente a reconvenção; c) re-

Acesso ao Sumário

conhecer a ilegitimidade da cobrança da parte ré-reconvinte pela ocupação de espaço aéreo da Rodovia dos Bandeirantes, SP-348, Kms 143+206 e 143-192m., para a passagem de cabos de transmissão de rede de energia elétrica; d) condenar a parte ré-reconvinte, vencida na lide principal e reconvencional, ainda, ao pagamento dos ônus decorrentes da sucumbência. 8. Recurso de apelação, apresentado pela parte autora -reconvinda, provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação, interposto contra a r. sentença de fls. 540/547, integrada a fls. 653/655, que deliberou o seguinte: a) julgou improcedente a ação de procedimento comum, objetivando o reconhecimento da ilegitimidade da cobrança da parte ré pela ocupação do espaço aéreo da Rodovia dos Bandeirantes, SP-348, Kms 143+206 e 143-192m, para a passagem de cabos de transmissão de rede de energia elétrica; b) julgou procedente a reconvenção, para condenar a parte autora-reconvinda ao pagamento anual de R$ 9.299,53, decorrente da ocupação do mesmo espaço aéreo, desde o cumprimento da tutela provisória de urgência, concedida no início da lide. Em razão da sucumbência, a parte autora-reconvinda foi condenada, ainda, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados no valor correspondente a 10%, sobre o seguinte: a) montante atribuído à causa da ação principal (R$ 10.000,00); b) montante da condenação alcançada na reconvenção (R$ 9.299,53).

A parte autora-reconvinda, nas razões recursais, sustentou, em síntese, a inversão do resultado inicial da lide.

O recurso de apelação, tempestivo e preparado, foi recebido nos regulares efeitos e respondido.

É o relatório.

O recurso de apelação, apresentado pela parte autora- reconvinda, comporta provimento, respeitado, contudo, o entendimento em sentido contrário manifestado pelo D. Juízo de Primeiro Grau de Jurisdição.

Trata-se de ação de procedimento comum, objetivando, em resumo, o reconhecimento da ilegitimidade da cobrança da parte ré pela ocupação do espaço aéreo da Rodovia dos Bandeirantes, SP-348, Kms 143+206 e 143-192m, para a passagem de cabos de transmissão de rede de energia elétrica. E, a reconvenção, oferecida pela parte ré-reconvinte, por sua vez, tem por escopo o reconhecimento de onerosidade e o pagamento pela ocupação do mesmo espaço aéreo.

Os elementos de convicção produzidos nos autos autorizam o acolhimento da pretensão deduzida pela parte autora-reconvinda na petição inicial.

Acesso ao Sumário

Pois bem. A jurisprudência do C. STF, firmada em sede de Repercussão Geral (Tema nº 261), é no sentido de estabelecer a competência exclusiva da União Federal, para legislar e explorar os serviços e instalações de energia elétrica (artigos 21, XII, "b" e 22, IV, CF). Confira-se:

> *"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA. COBRANÇA. TAXA DE USO E OCUPAÇÃO DE SOLO E ESPAÇO AÉREO. CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. DEVER-PODER E PODER-DEVER.* ***INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO EM BEM PÚBLICO****. LEI MUNICIPAL 1.199/2002. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO. ARTIGOS 21 E 22 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Às empresas prestadoras de serviço público incumbe o dever-poder de prestar o serviço público. Para tanto a elas é atribuído, pelo poder concedente, o também dever-poder de usar o domínio público necessário à execução do serviço, bem como de promover desapropriações e constituir servidões de áreas por ele, poder concedente, declaradas de utilidade pública. 2. As faixas de domínio público de vias públicas constituem bem público, inserido na categoria dos bens de uso comum do povo. 3. Os bens de uso comum do povo são entendidos como propriedade pública. Tamanha é a intensidade da participação do bem de uso comum do povo na atividade administrativa que ele constitui, em si, o próprio serviço público [objeto de atividade administrativa] prestado pela Administração. 4. Ainda que os bens do domínio público e do patrimônio administrativo não tolerem o gravame das servidões, sujeitam-se, na situação a que respeitam os autos, aos efeitos da restrição decorrente da instalação, no solo, de equipamentos necessários à prestação de serviço público. A imposição dessa restrição não conduzindo à extinção de direitos, dela não decorre dever de indenizar. 5.* ***A Constituição do Brasil define a competência exclusiva da União para explorar os serviços e instalações de energia elétrica [artigo 21, XII, b] e privativa para legislar sobre a matéria [artigo 22, IV].*** *Recurso extraordinário a que se nega provimento, com a declaração, incidental, da inconstitucionalidade da Lei n. 1.199/2002, do Município de Ji-Paraná."* (STF; RE nº 581.947; Rel. o Min. Eros Grau; Tribunal Pleno; Julgado em 27.5.10; Repercussão Geral; destaques acrescidos)

Por outro lado, não se olvida a jurisprudência do C. STJ, quanto à possibilidade de cobrança pela utilização da faixa de domínio, entre as concessionárias, para a prestação de serviço público diverso, desde que haja previsão contratual para tal finalidade (STJ; Resp nº 1.427.126/SP; Rel. o E. Min. Benedito Gonçalves; julgado em 22.4.20).

Entretanto, diversas r. decisões posteriores do próprio C. STF corroboram o entendimento fixado no Tema nº 261, acima citado e, inclusive, nas hipóteses

Acesso ao Sumário

de concessão de rodovias estaduais. Confira-se:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL N. 12.238/2005 E DECRETO N. 43.787/2005. ***PREVISÃO DE COBRANÇA DE RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA DE CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA PELA OCUPAÇÃO DE FAIXAS DE DOMÍNIO E ÁREAS ADJACENTES A RODOVIAS ESTADUAIS. INVASÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO.*** *AL. B DO INC. XII DO ART. 21 E INC. IV DO ART. 22 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO E DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO "DE ENERGIA" DO INC. IV DO ART. 6º E DA TARIFA BÁSICA PREVISTA NO TIPO II DO ITEM 1 DO ANEXO 1 DO DECRETO N. 43.787/2005 DO RIO GRANDE DO SUL."* (STF; ADI nº 3.763; Rel. a Ministra Cármen Lúcia; Tribunal Pleno; Julgado em 8.4.21; destaques acrescidos)

"1. Embargos de declaração nos embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário. 2. Direito Constitucional. 3. Concessionária de serviço público. 4. ***Cobrança de preço público pelo uso de faixa de domínio de rodovias estaduais, sob concessão, para instalação da infraestrutura necessária à distribuição de energia elétrica. 5. Cobrança amparada em atos normativos editados por órgãos estaduais. Impossibilidade. Competência legislativa privativa da União.*** *Decreto Federal 84.398/1980. Precedentes. 6. Ausência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material. 7. Embargos de declaração rejeitados."* (STF: RE nº 1.181.353; Rel. o I. Ministro Gilmar Mendes; E. 2ª Turma; Julgado em 3.7.23; destaques acrescidos)

"SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RATIO DECIDENDI IDÊNTICA À PROFERIDA NO RE Nº 889.095-AGR-ED-EDv/RJ. CONTROVÉRSIA COM ESTATURA CONSTITUCIONAL. ***COBRANÇA PELO USO DAS FAIXAS DE DOMÍNIO DE RODOVIAS IMPOSTA A CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA E MATERIAL DA UNIÃO SOBRE SERVIÇOS DE ENERGIA*** *(ART. 21, INC. XII, AL. "B", E ART. 22, INC. XII, DA CRFB). NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA À REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS PREVISTA NA CRFB. PRINCÍPIO FEDERATIVO. UNIFORMIZAÇÃO DO SISTEMA REGULATÓRIO DOS SERVIÇOS DE ENERGIA. ART. 151 DO CÓDIGO DE ÁGUAS (DECRETO Nº 24.643, DE 1934) E DECRETO Nº 84.398, DE 1980: JUÍZO DE RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL POSITIVO.* ***COTEJO ENTRE O ART. 11 DA LEI Nº 8.987, DE 1995, E O DECRETO Nº 84.398, DE 1980. INOPONIBILIDADE NA EXECUÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. INVIÁVEL PERCEPÇÃO DE RECEITA ADICIONAL EM FAVOR DE UMA CONCESSIONÁRIA EM DETRIMENTO DA ATIVIDADE PRINCIPAL DE OUTRA.*** *NATUREZA DO BEM PÚBLICO COMPARTILHADO. BEM PÚBLICO DE USO COMUM DO POVO.*

Acesso ao Sumário

COMPARTILHAMENTO NÃO ONEROSO, NO CASO DAS FAIXAS DE DOMÍNIO RODOVIÁRIAS, PARA SERVIÇOS PÚBLICOS PRESTADOS PELAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. HARMONIA REGULATÓRIA E FEDERATIVA. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. PARADIGMAS: RE Nº 581.947-RG/RO (TEMA RG Nº 261), ADI Nº 3.763/RS E ADI Nº 6.482/DF. 1. O tema da cobrança de tarifa pelo uso das faixas de domínio em face de empresas concessionárias de energia elétrica atinge estatura constitucional, referindo-se à questão atinente à repartição constitucional de competências (arts. 21, inc. XII, al. "b", e 22, inc. XII, da Constituição da República. 2. Patente a competência da União para legislar privativamente sobre energia, além da administração dos serviços de energia elétrica, conforme os arts. 21, inc. XII, al. "b", e 22, inc. XII, da Carta Magna. 3. Competência material exercida por agências reguladoras, cujo poder normativo não deve extravasar os lindes estabelecidos na Constituição e na legislação federal. Observância ao princípio federativo. 4. O Decreto nº 84.398, de 1980, que regulamenta o art. 151 do Código de Águas, foi recepcionado pela Constituição, porquanto não extravasa os limites do poder regulamentar pela previsão de não onerosidade na ocupação de faixas marginais por empresa prestadora de serviço público.

5. ***Questão de mérito relativa à necessidade de harmonização e uniformidade do sistema regulatório atinente aos serviços públicos que, no caso da ocupação de equipamentos necessários à prestação do serviço de energia elétrica, não deve onerar as empresas (públicas ou concessionárias) prestadoras.***

6. Impossibilidade de aplicação, na hipótese, do art. 11 da Lei de Concessões, para auferimento de receitas adicionais a contrato administrativo de uma concessionária em detrimento da oneração imprevista de atividade principal atinente a contrato administrativo de outra prestadora de serviço público. Subsídio cruzado que alveja o interesse público primário e viabiliza, caso admitido, potencial ressarcimento em face do Poder Público concedente.

7. As faixas de domínio são consideradas bens públicos de uso comum do povo. Importância da noção do bem utilizado no aporte de linhas de transmissão de energia elétrica. Embora haja previsão pela oneração na utilização de infraestrutura noutros serviços públicos, a implantação das faixas de domínio não implica altos custos, inexistindo razão para cobrança em face da prestação de serviços que beneficiam toda a coletividade. 8. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu para não permitir a cobrança pelo uso das faixas marginais de rodovias em virtude da alocação de equipamentos necessários à prestação do serviço público de interesse coletivo: ratio decidendi dos paradigmas, RE nº 581.947- RG/RO (Tema de RG nº 261) e ADIs nº 3.763/RS e nº 6.482/DF. 9. Conclusão pela impossibilidade da cobrança de tarifa pelo uso das faixas de domínio por concessionárias de rodovia em face das concessionárias prestadoras do serviço de energia elétrica. 10. Agravo

Acesso ao Sumário

regimental ao qual se nega provimento. (STF: ARE nº 1.349.450; Rel. Designado o I. Min. André Mendonça; E. 2ª Turma; Julgado em 26.6.23; destaques acrescidos)

Como se vê, o caso concreto, versando sobre a prestação de serviço público de distribuição de energia elétrica, não permite a prevalência das seguintes disposições normativas: a) artigo 11 da Lei Federal nº 8.987/95; b) Portaria ARTESP nº 18/10; c) Portaria SUP/DER nº 50/09; d) cláusula nº 30.1, inciso VI, do Edital de Licitação nº 007/CIC/97 (fls. 398).

Ademais, a instalação de infraestrutura e de equipamentos necessários à prestação de serviço público de distribuição de energia elétrica, mediante a utilização de faixa de domínio, ou então, principalmente, do respectivo espaço aéreo, não acarreta nenhum gravame, restrição, adicional ou extraordinária à concessionária responsável pela exploração e administração da rodovia em questão.

Desta forma, é possível concluir, na hipótese dos autos, que a parte ré-reconvinte não está autorizada a realizar nenhuma cobrança de valores em decorrência da ocupação de respectivas faixas de domínio e o espaço aéreo da Rodovia dos Bandeirantes, no trecho objeto da lide.

Outrossim, confira-se a propósito da matéria jurídica ora debatida, a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça e, inclusive, desta C. 5ª Câmara de Direito Público, a seguir:

"APELAÇÃO – AÇÃO ORDINÁRIA – USO DE FAIXA DE DOMÍNIO – Pretensão à análise de projeto de ocupação em rodovia, sem imposição de cobrança pelo uso da faixa de domínio – Sentença de procedência em parte – Pleito de reforma da sentença para que seja julgada integralmente improcedente – Não cabimento – Previsão, em tese, de cobrança anual pela autorização de uso de faixa de domínio, nos termos do art. 103 do CC e da Port. SUP/DER-050-21/07/2009 – ***Todavia, em recente julgamento, o STF firmou entendimento de que 'são inconstitucionais diplomas normativos estaduais que autorizam a cobrança de retribuição pecuniária de concessionárias de energia elétrica pela ocupação de faixas de domínio e áreas adjacentes a rodovias estaduais', em razão da usurpação da competência da União para legislar sobre a matéria*** *– Impossibilidade de cobrança de remuneração pelo uso de faixa de domínio com base na Port. SUP/DER-050-21/07/2009 – Honorários advocatícios arbitrados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) que não comportam redução, pois, acaso fixados em percentual máximo sobre o valor da causa (R$ 1.000,00), implicaria em aviltamento do trabalho do patrono da apelada ELEKTRO, o que não se admite – Sentença mantida – APELAÇÃO não provida – Majoração dos honorários advocatícios, em segunda instância, em R$ 500,00 (quinhentos reais), além dos R$ 5.000,00 (cinco mil reais) já fixados em sentença, em desfavor do apelante DER, nos termos do art. 85, §11, do CPC."* (TJSP; Apelação nº 1055664-05.2021.8.26.0053; Rel. o Des. Kleber Leyser de Aquino; E. 3ª Câmara de Direito Público; Julgado em 9.5.23; destaques acrescidos)

Acesso ao Sumário

*"APELAÇÃO CÍVEL – **Concessionária de energia elétrica que se volta contra a cobrança pelo uso da faixa de domínio de rodovia** – RECONVENÇÃO – Concessionária rodoviária que objetiva a condenação da autora/reconvinda ao pagamento de valor anual pela utilização da faixa de domínio – Devolução dos autos pelo C. Superior Tribunal de Justiça para averiguação da existência de previsão no contrato de concessão ou edital de licitação da possibilidade de a concessionária obter outras fontes de receitas – No caso dos autos, **há previsão contratual** – **IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA** – Inobstante entendimento da Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, não é possível a cobrança pelo uso de rodovia por outras empresas concessionárias de serviços públicos – Bem de uso comum do povo – Inteligência do artigo 12 da Lei nº 13.116/2015 **e do entendimento do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 581.947 (Tema 261)** – Ausência de decisão com força vinculante seguindo o entendimento da Primeira Seção C. Superior Tribunal de Justiça – Acórdão mantido – Recurso desprovido – Ação principal procedente – Reconvenção improcedente."* (TJSP; Apelação nº 0015706-12.2011.8.26.0269; Rel. a Des. Maria Laura Tavares; E. 5ª Câmara de Direito Público; Julgado em 25.10.21; destaques acrescidos)

Portanto, é de absoluto rigor, deliberar, nos exatos termos da fundamentação, invertidos os resultados iniciais das lides, principal e acessória, o seguinte: a) procedência da ação de procedimento comum; b) improcedência da reconvenção; c) reconhecer a ilegitimidade da cobrança da parte ré-reconvinte pela ocupação de espaço aéreo da Rodovia dos Bandeirantes, SP-348, Kms 143+206 e 143-192m., para a passagem de cabos de transmissão de rede de energia elétrica.

Finalmente, em razão da sucumbência, arcará a parte ré-reconvinte, vencida na lide principal e reconvencional, ainda, com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados, no valor correspondente a 20%, sobre os montantes atribuídos às respectivas causas, nos termos do disposto no artigo 85, § 2º, do CPC/15. O referido montante remunera com dignidade, razoabilidade, proporcionalidade e moderação o trabalho do profissional que participou das lides.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação, apresentado pela parte autora-reconvinda, para os fins acima especificados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010112-80.2022.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, são apelados REC SS ESTADO EMPREENDIMENTOS S.A., REC SS MORUMBI EMPREENDIMENTOS S/A, REC SS VILA OLIM-

PIA EMPREENDIMENTOS S.A. e REC SS CASA VERDE EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com a majoração da verba honorária, nos termos do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.998)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente), HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e RICARDO CHIMENTI.

São Paulo, 29 de fevereiro de 2024.

BEATRIZ BRAGA, Relatora

Ementa: Apelação. Ação anulatória. Controvérsia atinente à incidência ou não do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) relacionado à atividade de "self-storage" ou "auto-serviço". Prolação de sentença de procedência. Manutenção de rigor.

Os autores alegam que a referida atividade consiste exclusivamente na locação de espaço e não envolve a prestação de serviços de armazenamento e depósito, enquanto o Fisco sustenta que a atividade autoral engloba também a prestação de serviços adicionais tributáveis pelo ISSQN.

Após extensa análise pericial, verificou-se que atividades como carga, descarga, organização e limpeza são realizadas pelos próprios contratantes, não pelos autores. Quanto ao suposto serviço de vigilância, este não existe nos corredores de acesso aos boxes alugados, apenas nas áreas externas, conforme indicado pela expert.

Importante destacar que, de acordo com a Lei Complementar nº 116/2003, a incidência do ISSQN depende de realização de serviços que envolvam uma obrigação de fazer por parte do contribuinte.

Também há de ser considerada a Súmula Vinculante nº 31, que afirma a não incidência do ISSQN sobre operações de locação de bens móveis.

No presente caso, não se vislumbra a caracterização da prestação de serviços pelos autores, uma vez que as atividades relacionadas ao armazenamento e cuidado dos bens são de responsabilidade dos contratantes. Ademais, não há oferta de serviços adicionais que se

Acesso ao Sumário

enquadrem na prestação tributável pelo ISSQN.
Diante dessas considerações, confirma-se a sentença de procedência proferida em primeira instância que afastou a tributação. Em relação à verba honorária, majoram-se os honorários sucumbenciais nos termos do §11 do art. 85 do CPC, passando de 10% para 11% sobre o valor atualizado da causa.
Nega-se provimento ao recurso, com a majoração da verba honorária, nos termos do acórdão.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de procedência de fls. de 9646/9649, proferida nos autos da ação anulatória ajuizada por **Rec Ss Estado Empreendimentos S. A e outros** em face do **Município de São Paulo.** Nela, foram anulados os autos de infrações nºs 006.766.684-1, 006.766.685-0, 006.766.686-8, 006.766.688-4, 006.766.689-2, 006.766.690-6, 006.766.691-4, 006.766.693-0, 006.766.694-9, 006.766.695-7, 006.766.696-5, 006.766.697-3, 006.766.699-0, 006.766.700-7, 006.767.098-9, 006.767.100-4, 006.767.101-2, 006.767.102-0, 006.767.103-9 e 006.767.061-0.

Em razão da sucumbência, o Fisco foi condenado ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados nos percentuais mínimos sobre o valor da causa (R$ 2.143.657,30 - dois milhões, cento e quarenta e três mil, seiscentos e cinquenta e sete reais e trinta centavos).

É dos autos que os autores buscam a anulação dos autos de infração acima citados, relacionados à cobrança de ISSQN decorrente da atividade de armazenamento, depósito, arrumação e guarda de bens. Alegam que não houve efetiva prestação de serviços, mas apenas uma relação de locação de espaço. Argumentam também que as multas aplicadas devem ser anuladas, pois são acessórias ao montante principal, que não existe ante a inocorrência do fato gerador do imposto.

Suscitam, ainda, que as multas atribuídas nos autos de infração 006.766.689-2, 006.766.697-3 e 006.767.101-2 estão incorretamente classificadas e que há duplicidade na aplicação destas. Por fim, em caso de sucumbência, pedem que as atualizações e juros devem ser limitados à Taxa SELIC e que é indevida a cobrança de juros sobre o crédito relativo à multa.

Após regular tramitação processual, sobreveio sentença de procedência na qual os argumentos acima foram acolhidos.

Inconformado, apelo o Fisco (fls.9654/9692). Pede a reforma completa da sentença; toda a infraestrutura e serviços prestados pelas apeladas denotam que sua atividade não se trata de mero aluguel de boxes para armazenamento ou depósito; além do aluguel, outros serviços são prestados, como vigilância do

Acesso ao Sumário

local, espaço coworkimg, wifi, lojas com suprimentos para embalar e armazenar, recepção, central de atendimento. O serviço de armazenamento, depósito ou guarda de bens é obrigação de fazer e está sujeita à incidência do ISSQN, conforme descrito no item 11.04 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003; as multas são devidas, pois acessórias da obrigação principal; não houve erro na capitulação das multas; não há falar-se em consunção das multas, pois estas possuem hipóteses de incidência distintas; os índices de correção praticados pela Municipalidade são legítimos e não superam a taxa SELIC.

Contrarrazões a fls.9698/9776.

É o relatório.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, o recurso deve ser conhecido. Quanto ao preparo, o Município é isento por expressa disposição legal. No mérito, contudo, não comporta provimento.

Cinge-se a controvérsia à viabilidade de incidência de ISSQN sobre a atividade autoral.

Os apelados infirmam os lançamentos do imposto sobre a atividade de "self-storage" ou "auto-serviço", argumentando que tal se constitui em uma simples locação de espaço e não a prestação de serviços de armazenamento e depósito propriamente dito.

Argumentam que não têm acesso aos espaços locados e que não possuem qualquer responsabilidade sobre os itens armazenados, que é inteiramente do locatário, e não oferecem serviços que configurem o fato gerador do tributo em questão.

Por outro lado, o Fisco defende que a atividade desempenhada pelos autores deve ser reconhecida como prestação de serviços. Em seu entender, suscita que, além do serviço de armazenamento, são fornecidos outros que se enquadram na lista de atividades sujeitas ao ISS, como carga e descarga e vigilância.

Como se vê, a questão é fática e sua resolução demanda análise de prova pericial.

Da extensa perícia, constatou-se que a carga, descarga, organização e limpeza nas atividades tributadas no presente processo eram realizadas pelo próprio contratante e não pelos autores. Também foi pontuado que não foi identificada qualquer receita vinculada aos benefícios ofertados pela contratação de locação do "Box" (utilização de espaço de co-working, Wi-Fi, serviços de armazenagem, dentre outros). Salientou a perita que foi caracterizada verdadeira "autogestão" por parte dos clientes dos apelados.

Asseverou a expert, ainda, que "o grupo "Goodstorage" possui unidades voltadas ao atendimento empresarial, onde são divulgadas as prestações de serviços logísticos. **Já nas unidades voltadas a auto-armazenagem (Self-storage), nas quais se incluem as unidades Estado, Casa Verde, Morumbi e Vila Olimpia – objeto dos autos – não há ofertas de suporte logístico, somente a**

Acesso ao Sumário

cessão de espaços para armazenamento." (fls.7807).

Foi constatado, ainda, que os registros dos autores incluem o CNAE (Cadastro Nacional de Atividades Econômicas) nº 68.10-2/02, relacionado ao Aluguel de Imóveis Próprios, e contemplam atividades de "Self-Storage".

A expert salientou que características como acesso wi-fi, carrinhos para descarga, estacionamento, limpeza, vigilância 24 horas e monitoramento são comuns no mercado das empresas de self-storage e que os contratos firmados com os clientes referiam-se à locação de "Boxes" para armazenamento de bens.

Outrossim, destacou-se que os autores têm a responsabilidade de manter a infraestrutura operacional, limpeza externa e controle de acesso. Por outro lado, o locatário era encarregado do armazenamento, limpeza interna, acesso ao box e dos itens armazenados.

Pontuou-se que a responsabilidade sobre os bens armazenados não recai sobre as empresas locadoras, mas sim sobre o locatário, proprietário dos bens, conforme estipulado na cláusula 6ª do contrato de locação. As receitas foram geradas a partir dos contratos de locação de "Boxes", registradas conforme a exigibilidade das mensalidades. Não foram identificadas receitas adicionais relacionadas ao uso de wi-fi, área para co-working ou carrinhos de transporte.

Além disso, não foram observadas despesas com funcionários para atividades de armazenamento, carregamento, logística ou outras funções relacionadas aos serviços de armazenagem.

Diante do cenário acima, a perícia concluiu que não há evidências de que a atividade desenvolvida pelos apelados constitui prestação de serviços.

Assim, com base nos elementos fáticos acima expostos, não se identifica situação capaz de caracterizar a ocorrência dos fatos geradores do ISSQN atinentes a serviços de armazenagem (fls.7807 e seguintes).

No mais, sabe-se que a Lei Complementar nº 116/2003 estipula que o ISSQN incide sobre a prestação de serviços, que deve implicar em uma obrigação de fazer, pois é essa prestação que constitui o objeto da tributação.

No que diz respeito às operações de locação de bens móveis, conforme estabelecido na Súmula Vinculante nº 31, é inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, uma vez que não existe obrigação de fazer, mas sim de dar. O imposto não incide, uma vez que a prestação de serviços requer o envolvimento de alguém na realização de atividades com conteúdo econômico, o que não está presente na locação de bem móvel.

Acesso ao Sumário

No caso em questão, não é viável considerar que a atividade consiste apenas na locação de espaço com a prestação de serviços de armazenamento, depósito, carga, descarga e arrumação de bens, conforme previsto no item 55 da lista de serviços. Isso se deve ao fato de que é o locatário quem possui acesso ao box, devendo providenciar cadeado e senha, além de contratar seguro para seus bens.

Além disso, como bem asseverado pelo Juiz da origem (fls.9649), a carga

e descarga dos bens são realizadas pelo locatário, dentro dos horários estabelecidos pela empresa. No mais, a presença de um escritório de apoio não tem o objetivo de oferecer maior comodidade aos locatários, mas sim de fornecer informações sobre as condições e formas de pagamento da locação, permitindo que qualquer interessado possa contratar ou cancelar o aluguel.

Quanto ao suposto serviço de vigilância, este não existe nos corredores de acesso aos boxes alugados, apenas nas áreas externas, conforme indicado pela perícia.

Portanto, frente a todas as considerações retro, é evidente que os autores disponibilizam o uso de um espaço ao locatário, sem fornecer serviços adicionais, o que afasta a incidência do ISSQN, como já dito alhures.

Assim, em face da inexistência da cobrança da obrigação principal (tributo), descabe analisar as alegações atinentes às acessórias (multas, juros etc).

Tecidas tais considerações, conclui-se que a sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o desfecho dado, majoram-se os honorários sucumbenciais, nos termos do §11 do art. 85 do CPC de 10 % para 11% sobre o valor atualizado da causa.

E para que não se alegue cerceamento do direito de recorrer, considera-se prequestionada toda matéria constitucional e infraconstitucional discutida, bastando que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no acórdão, como de fato ocorreu, sendo desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais.

Por derradeiro, atentem-se as partes para o cabimento de embargos declaratórios nas estreitas hipóteses delineadas no artigo 1.022, sob pena de eventual aplicação das multas processuais previstas nos §§ 2º e 3º do artigo 1.026, ambos dispositivos do CPC. Assinale-se que esta medida está em consonância com a atual jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o tema.

Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso, com a majoração da verba honorária, nos termos do acórdão.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007050-52.2017.8.26.0297, da Comarca de Jales, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados/apelantes MÁRCIA GANDOLFI DE OLIVEIRA CAMARGO (HERDEIRO), DANIEL PALMEIRA DE LIMA (POR HERDEIRO), D PALMEIRA DE LIMA IMOVEIS EPP (HERDEIRO), LUIS HENRIQUE VIOTTO (HERDEIRO), EBGI FILE SYSTEMS LTDA EPP - NA PESSOA DE SEU REPRESENTANTE LEGAL, FERNANDO DE OLIVEIRA CAMARGO (HERDEIRO), FERNAN-

Acesso ao Sumário

DO DE OLIVEIRA CAMARGO (HERDEIRO), FLAVIANA CAMARGO ORTLIBAS (HERDEIRO), RENATO LUIS DE LIMA SILVA (HERDEIRO) e DANIEL PALMEIRA DE LIMA MÓVEIS – ME (HERDEIRO), Apelados ARQ-VANDO ARQUIVOS CORPORATIVOS LTDA. - ME (HERDEIRO) e EDSON VANDO DE LIMA.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram, em votação unânime: 1) Provimento dos recursos dos herdeiros de Oscar Camargo. 2) Acolhimento parcial dos recursos do autor e dos requeridos. 3) Não conhecimento da apelação de Renato Luiz de Lima Silva, mas a ele estendidos os efetivos do acórdão. Sustentou oralmente o Dr. Rafael Cezar dos Santos.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.496)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) e MÁRCIO KAMMER DE LIMA.

São Paulo, 27 de fevereiro de 2024.

AFONSO FARO JR., Relator

Ementa: AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INTEMPESTIVIDADE – Apelação interposta por Renato Luiz de Lima Silva a destempo – Ocorrência – Recurso não conhecido.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ADIANTAMENTO DE CUSTAS – Impossibilidade – Art. 23-B da Lei nº 8.249/92 – Dever que se impõe ao final do processo aos que não possuem justiça gratuita.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ILEGITIMIDADE PASSIVA – Multa civil – Sanção de natureza pecuniária – Transmissão aos herdeiros até o limite do valor da herança – Impossibilidade – Imputação com base no disposto no art. 11 da Lei nº 8.429/92 — Observância do disposto no art. 8º da mesma lei.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ILEGITIMIDADE PASSIVA – Empresa de pequeno porte encerrada – Baixa que deve observar os termos do art. 9º, § 4º, da Lei Complementar nº 123/06, alterada pela Lei Complementar nº 147/14 – Impedimento de posterior responsabilização e cobrança que não se verifica.

IMPROBIDADE ADMINISTATIVA – PRESCRIÇÃO – Alterações da Lei nº 14.230/21, que não retroagem em matéria prescricional – Tema 1.199 do STF –

Acesso ao Sumário

Ressarcimento ao erário – Imprescritibilidade – Tema nº 897 do STF.
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PROVA EMPRESTADA – Validade – Garantia da ampla defesa e contraditório observados Art. 371 do CPC – Precedentes do STJ e STF.
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL – Não ocorrência – Saneamento do processo que ocorreu antes da edição da Lei nº 14.230/21 – Impossibilidade de impor ao demandante o dever de modificar a exordial – Petição inicial que preenche os requisitos exigidos – Direito de defesa plenamente exercido pelos réus durante todo trâmite processual.
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – FRUSTRAÇÃO DO CARÁTER CONCORRENCIAL DA LICITAÇÃO – Ocorrência – Condutas que se subsomem ao art. 11, V, da Lei nº 8.429/92, com redação da Lei nº 14.230/21 – Dolo e lesividade relevante ao bem jurídico tutelado comprovados – Irrelevância da inexistência de dano ao erário – Ausência de controvérsia quanto à realização dos serviços contratados pela Câmara Municipal – Autor que não comprovou o pagamento irrazoável pelos serviços prestados ou mesmo que eles não tenham sido desempenhados a contento – Sentença modificada.
DÁ-SE PROVIMENTO AOS RECURSOS DOS HERDEIROS DE OSCAR CAMARGO. CONFERE-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR E DOS RÉUS. NÃO SE CONHECE DO RECURSO DO CORRÉU RENATO, MAS A ELE SÃO ESTENDIDOS OS EFEITOS DA DECISÃO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em face de DANIEL PALMEIRA DE LIMA, D. PALMEIRA DE LIMA MOVEIS -EPP, EDSON VANDO DE LIMA, ARQ- VANDO ARQUIVOS CORPORATIVOS LTDA-ME, OSCAR DE CARMARGO, EBGI FILE SYSTEMS LTDA EPP, OVÍDIO VIS, LUIS HENRIQUE VIOTTO, RENATO

Acesso ao Sumário

LUIS DE LIMA SILVA objetivando: a) a nulidade do processo licitatório e dos instrumentos contratuais decorrentes da carta convite nº 2/12 da Câmara Municipal de Jales, b) a condenação dos réus, solidariamente, a devolverem aos cofres públicos a quantia referente às contratações decorrentes da carta convite nº 2/12, c) a condenação dos réus às sanções do art. 12, II, da Lei nº 8.429/92, pelo cometimento de ato de improbidade administrativa previsto no art. 10 da mesma lei. Subsidiariamente, a condenação dos réus às sanções do art. 12, III, da Lei nº 8.429/92, pelo cometimento dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 11 da mesma lei.

A Municipalidade de Jales integrou a lide no polo ativo, fls. 1.263.

A fls. 1.423 foi informado o falecimento do corréu OSCAR DE CAMARGO, conforme certidão de óbito, fls. 1.424. Os herdeiros foram incluídos no polo passivo às fls. 1.893/1.896.

A r. sentença de fls. 5.984/6.026, cujo relatório é o adotado, julgou parcialmente procedente a pretensão inicial, com resolução de mérito, a fim de reconhecer a prática do ato de improbidade administrativa prevista no art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/92, com redação dada pela Lei nº 14.23/21, em face dos requeridos DANIEL PALMEIRA DE LIMA, OSCAR DE CAMARGO (sucedido por seus herdeiros MÁRCIA GANDOLFI DE OLIVEIRA CAMARGO, FERNANDO DE OLIVEIRA CAMARGO e FLAVIANA CAMARGO ORTILIBAS), LUIZ HENRIQUE VIOTTO, RENATO LUÍS DE LIMA SILVA, D. PALMEIRA DE LIMA MÓVEIS - ME e EBGI FILE SYSTEMS LTDA EPP, condenando-os às sanções previstas no art. 12, inciso II, da Lei nº 8.429/92 com redação dada pela Lei nº 14.230/21, consistente na: a) obrigação solidária de reparar o dano causado à Câmara Municipal de Jales, na importância de R$ 67.900,00 (respondendo os requeridos MÁRCIA GANDOLFI DE OLIVEIRA CAMARGO, FERNANDO DE OLIVEIRA CAMARGO e FLAVIANA CAMARGO ORTILIBAS nos limites da herança transmitida pelo *de cujus*), b) suspensão dos direitos políticos dos requeridos DANIEL PALMEIRA DE LIMA, LUIZ HENRIQUE VIOTTO e RENATO LUÍS DE LIMA SILVA pelo prazo de 8 anos, c) pagamento, de forma solidária, de multa civil no valor de R$ 67.900,00 (respondendo os herdeiros requeridos nos limites da herança transmitida pelo *de cujus*), d) proibição dos requeridos de contratarem com o poder público ou de receberem benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de 08 anos. Julgou improcedente a ação em face de EDSON VANDO DE LIMA, ARQ-VANDO ARQUIVOS CORPORATIVOS LTDA ME e OVÍDIO VIS. Por fim, condenou os requeridos DANIEL PALMEIRA DE LIMA; LUIZ HENRIQUE VIOTTO, RENATO LUÍS DE LIMA SILVA, D. PALMEIRA DE LIMA MÓVEIS - ME e EBGI FILE SYSTEMS LTDA EPP ao pagamento das custas e despesas processuais.

Acesso ao Sumário

Foi dado parcial provimento aos embargos de declaração de fls. 6.040/6.042, para "*DECLARAR nulo o processo licitatório realizado pela Câmara Municipal de Jales (**Convite nº 02/2012**) e o contrato administrativo dele decorrente (**Contrato nº 07/2012** - fls. 699/703), aditado em **08 de agosto de 2012** (fls. 723), retornando as partes ao 'status quo ante', com a devolução do objeto do contrato, atribuindo-lhes, excepcionalmente, o caráter infringente, sanando, assim, o vício apontado, mantendo, no mais, a sentença embargada tal como está lançada*" (fls. 6.058/6.063).

Recorre Márcia Gandolfi de Oliveira Camargo às fls. 6.070/6.077. Alega que não foi comprovado o dolo exigido para o reconhecimento das condutas ímprobas dispostas no art. 10 da Lei nº 8.429/92, tampouco restou comprovado o efetivo prejuízo ao erário. Aduz que restou demonstrado nos autos que após celebrado contrato com o vencedor do procedimento licitatório houve a efetiva entrega do bem objeto da licitação (arquivos), os quais estão sendo utilizados até os dias atuais, e portanto, para que se possa concluir pela existência de prejuízo efetivo, há necessidade de se demonstrar que, à época das contratações, havia de fato outros fornecedores com melhor preço ou proposta, motivos pelos quais a penalidade de ressarcimento ao erário deve ser afastada. Por fim, afirma que descabe manutenção da condenação solidária da apelante em relação à multa civil, ainda que responsabilizada nos limites da herança, eis que é inconteste que foi incluída no polo passivo em razão do falecimento de Oscar de Camargo, na qualidade de sucessora, sendo a referida multa de caráter pessoal.

Apela o Ministério Público do Estado de São Paulo às fls. 6.078/6.096. Pugna pela condenação dos réus Edson Vando de Lima, Arq-Vando Arquivos Corporativos Ltda Me e Olvídio Vis. Requer que, mantida a nulidade do processo licitatório e do contrato administrativo, não seja determinado o retorno das partes ao '*status quo ante*', tampouco devolvido o objeto do contrato, visto que, além de causar dano a estrutura organizacional do órgão, acabará por compensar àqueles que agiram às margens da lei.

Às fls. 6.099/6.154 recorre Daniel Palmeira de Lima. Requer os benefícios da justiça gratuita. Alega, preliminarmente, ilegitimidade passiva da empresa D. Palmeira de Lima Móveis, prescrição quinquenal e nulidade das provas emprestadas obtidas através de compartilhamento realizado pelo GAECO. No mérito, afirma que o ente ministerial não conseguiu provar a ingerência do requerido Daniel Palmeira de Lima em alguma fase do certame, no intuito de fraudar a licitação e causar dano ao erário, especialmente porque a empresa do apelante não se sagrou vencedora da carta convite nº 02/12. Alega que não há provas de que os valores orçados pelas demais empresas consultadas não refletiram o preço real dos bens à época, tampouco que os orçamentos por elas apresentados fossem de qualquer forma fictício ou maculassem o certame. Não há prova de que o objeto licitado possuísse preço inferior ao adquirido. Aduz que o

Acesso ao Sumário

Ministério Público não adequou o feito aos termos da Lei nº 14.230/21, pois não comprovou o dolo. Por fim, afirma que como não houve qualquer indício de enriquecimento ilícito por parte do requerido, não há necessidade da manutenção da liminar de indisponibilidade de bens, pelo que pede a revogação. Formulou pedido de justiça gratuita às fls. 6.312/6.313.

Recorre Luiz Henrique Viotto às fls. 6.184/6.207. Pugna pela aplicação do art. 23-B da Lei nº 8.429/92, introduzido pela Lei nº 14.230/21. Aduz que não há provas nos autos que apontem para a existência do elemento subjetivo doloso na sua conduta, pois não tinha relação com o empresário Daniel Palmeira ou com os sócios da empresa EBGI File Systems Ltda. - EPP, inexistindo qualquer interesse seu em direcionar a licitação. Alega que não houve dano, já que o objeto foi entregue, de forma que não há que se falar em ressarcimento ao erário. Subsidiariamente, requer que a apuração do dano seja reservada à fase de liquidação de sentença, a fim de que seja apurado qual era o valor de mercado dos armários deslizantes instalados na Câmara Municipal de Jales.

A empresa EBGI File System Ltda. EPP apelou às fls 6.208/6.217. Preliminarmente, alega prescrição quinquenal. Afirma que a inicial se acha inepta e a ação deve ser julgada improcedente, sem resolução de mérito, pois não houve adequação aos termos da Lei nº 14.230/21, eis que não há indicação individualizada de cada conduta dolosa por parte de cada réu. Também, afirma que não há demonstração do prejuízo ao erário e que o próprio Ministério Público pede para que não seja devolvido o objeto licitado, eis que irá causar prejuízo ao ente público, motivo pelo qual a penalidade de ressarcimento integral do dano deve ser afastada.

A sucessora de Oscar Camargo, Flaviana Camargo Ortlibas, recorre às fls. 6.220/6.231. Requer a concessão dos benefícios da justiça gratuita. Alega que não há descrição individualizada da conduta dolosa, capaz de concluir que tenha seu pai cometido o delito de fraude à licitação. Alega que a empresa foi convidada e preencheu todos os elementos do edital licitatório, sem qualquer ingerência do pai da apelante na elaboração do edital ou nas etapas do certame, ou seja, não manteve qualquer contato com os demais acusados. Conclui que não há como caracterizar a alegada improbidade administrativa. Subsidiariamente, requer o afastamento da determinação de ressarcimento do valor referente à aquisição dos armários.

Acesso ao Sumário

Inconformado com o resultado da demanda, apela Renato Luiz de Lima Silva, fls. 6.232/6.241. Pugna pela aplicação do art. 23-B da Lei nº 8.429/92, introduzido pela Lei nº 14.230/21. Alega prescrição com fundamento no art. 23 da Lei nº 8.429/92. Afirma a inexistência de dano ao erário e que não houve comprovação do dolo. Conclui afirmando que se o Ministério Público apresentou recurso contra a devolução dos arquivos não há como apontar o dano. Requer a modificação da decisão.

Contrarrazões do Ministério Público às fls. 6.251/6.283, alegando, preliminarmente, intempestividade do recurso oposto por Renato Luiz Lima. No mérito, é pelo desprovimento dos apelos dos réus.

A empresa Arq-Vando Arquivos Corporativos Ltda. e Edson Vando de Lima apresentaram contrarrazões às fls. 6.284/6.300, e Daniel Palmeira de Lima às fls. 6.301/6.306, ambos requerendo o improvimento do apelo do autor.

Decorreu *in albis* o prazo para Márcia Gandolfi de Oliveira Camargo, Luiz Henrique Viotto, EBGI File Systems Ltda. - EPP, Fernando de Oliveira Camargo, Flaviana Camargo Ortibas, Renato Luis de Lima Silva e Olvídio Vis apresentarem contrarrazões, fls. 6.307.

A Procuradoria Geral de Justiça apresentou manifestação às fls. 6.352/6.368, opinando pelo desprovimento dos recursos dos réus e pelo parcial provimento do recurso do Ministério Público para condenar os requeridos Edson Vando de Lima e Arq-Vando Arquivos Corporativos Ltda. - ME nos termos requeridos na inicial, bem como para obstar a ordem de devolução do objeto contratado, com alteração da quantia a ser ressarcida aos cofres públicos.

Houve oposição ao julgamento virtual, fls. 6.346, 6.349.

É uma síntese do necessário.

De início, quanto a alegação de intempestividade da apelação interposta por Renato Luiz de Lima Silva (fls. 6.232/6.241), formulada pelo Ministério Público em contrarrazões, com razão. No caso, a decisão dos embargos de declaração foi publicada em 02/05/23 (fls. 6.067). Dessa forma, o prazo recursal teve início em 03/05/23 (quarta-feira) e terminou em 23/05/23 (terça-feira). Assim, é intempestiva a apelação interposta em 24/05/23 e não cabe conhecimento.

Outrossim, quanto ao preparo recursal, impõe-se o teor do art. 23-B, § 1º, da Lei nº 8.429/92, com redação dada pela Lei nº 14.230/21[1], já em vigor no ato da interposição dos recursos e que, pela natureza processual, aplica-se de imediato ao ato processual em questão.

Esse também é o entendimento deste E. Tribunal:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Município de São Paulo. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ajuizada pelo Município de São Paulo em face de ex-servidor municipal, auditor fiscal tributário. Reconheceu-se como ímproba a conduta do réu, com base no art. 9º, inciso VII, da LIA. É fato incontroverso a evolução patrimonial desproporcional do réu e suas movimentações financeiras injustificadas, em decorrência de propinas recebidas no cargo público. O requerido não trouxe nenhum elemento de prova apto a desconstituir as alegações da Municipalidade autora, a despeito de assegurada a oportunidade de defesa, sendo irrefutável o dolo na configuração da improbidade administrativa por enriquecimento ilícito. Preliminares de nulidade

1 Art. 23-B. Nas ações e nos acordos regidos por esta Lei, não haverá adiantamento de custas, de preparo, de emolumentos, de honorários periciais e de quaisquer outras despesas.
§ 1º No caso de procedência da ação, as custas e as demais despesas processuais serão pagas ao final.

da citação e cerceamento de defesa. Alegações afastadas. Procedência da ação mantida e manutenção de todas as sanções impostas, exceto quanto à multa civil (originariamente fixada no patamar de três vezes o valor do acréscimo patrimonial), ora reduzida para o valor equivalente a uma vez o acréscimo patrimonial (R$1.414.404,89, com os acréscimos legais), em virtude dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Gratuidade judiciária indeferida, com a observação de recolhimento das custas e despesas ao final da ação, nos termos do art. 23-B, § 1º, da Lei n.º 8.429/92 (com a redação dada pela Lei 14.230/21). RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO." (AI nº 1048414.57.2017.8.26.0053, 13ª Câmara de Direito Público, Relatora Isabel Cogan, j. 07/04/22)

"Agravo de Instrumento. Pedido de concessão dos Benefícios da Justiça Gratuita. Declaração de pobreza. Impossibilidade de arcar com custas do processo. Presunção relativa. Documentos apresentados que infirmam o teor da declaração. Possibilidade, entretanto, de acolhimento do pedido alternativo, especialmente, diante do artigo 23-B da Lei 8.429/92, incluído pela Lei 14.230/2021. Recurso provido, no que toca ao pedido alternativo." (AI nº 2254928.48.2021.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Público, Relatora Luciana Bresciani, j. 31/03/22).

Deve-se observar, no entanto, que os benefícios da justiça gratuita foram deferidos somente para OVÍDIO VIS, MÁRCIA GANDOLFI DE OLIVEIRA CAMARGO, EDSON VANDO DE LIMA e ARQ- VANDO ARQUIVOS CORPORATIVOS LTDA, fls. 5.312.

Os réus Daniel Palmeira de Lima e D. Palmeira de Lima Móveis EPP requereram os benefícios da justiça gratuita às fls. 4.980/4.981, após a decisão de fls. 4.758, que determinou o recolhimento das custas de mandado. Naquela oportunidade deixou Daniel de juntar os documentos que comprovassem a sua hipossuficiência, e os juntados às fls. 4.985/4.986, 4.995/4.996 e 5.200/5.296 não são suficientes, pois o bloqueio do patrimônio não significa, até o presente momento, ausência dele, mormente quando o réu recebe rendimento superior a três salários-mínimos. No entanto, o documento de fls. 5.295/5.297 demonstra a baixa da empresa D. Palmeira de Lima Móveis EPP, motivo pelo qual a ela são deferidos os benefícios da justiça gratuita.

Acesso ao Sumário

Também, indefiro a gratuidade de justiça requerida por Flaviana Camargo Ortlibas, fls. 6.222/6.223, eis que não comprova a sua hipossuficiência ou ausência de patrimônio a ser partilhado em razão do falecimento de Oscar Camargo.

Salienta-se que o deferimento ou não da justiça gratuita pode ser reanalisado, desde que comprovada a mudança na situação econômica da parte.

Outrossim, sem razão a apelante D. Palmeira de Lima Móveis EPP ao suscitar preliminar de ilegitimidade passiva, fundada no argumento de que desde 31/08/15 encontra-se com seus registros devidamente baixados junto a JUCESP. Verifica-se a fls. 5.295 que se trata de empresa de pequeno porte (EPP),

a sua baixa observa os termos dos art. 9º, § 4º, da Lei Complementar nº 123/06, alterada pela Lei Complementar nº 147/14, nos seguintes termos:

> *"Art. 9º O registro dos atos constitutivos, de suas alterações e extinções (baixas), referentes a empresários e pessoas jurídicas em qualquer órgão dos 3 (três) âmbitos de governo ocorrerá independentemente da regularidade de obrigações tributárias, previdenciárias ou trabalhistas, principais ou acessórias, do empresário, da sociedade, dos sócios, dos administradores ou de empresas de que participem, sem prejuízo das responsabilidades do empresário, dos titulares, dos sócios ou dos administradores por tais obrigações, apuradas antes ou após o ato de extinção.*
> *(...)*
> *§ 4° **A baixa do empresário ou da pessoa jurídica não impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados** tributos, contribuições e respectivas **penalidades**, decorrentes da falta do cumprimento de obrigações ou **da prática comprovada e apurada em processo** administrativo ou **judicial de outras irregularidades praticadas pelos empresários, pelas pessoas jurídicas ou por seus titulares, sócios ou administradores**."* (grifo nosso)

No mais, não prospera a alegação de prescrição, formulada sob o fundamento de que, no caso em tela, são tratados fatos ocorridos em 2012 (carta convite nº 02/12 - iniciada em 26/03/12), e tendo a demanda sido ajuizada em 07/12/17, portanto, há mais de cinco anos dos fatos, estaria prescrita.

Com efeito, não se aplicam os novos prazos prescricionais impostos na Lei nº 14.230/21. Com relação aos efeitos retroativos da Lei nº 14.230/21, salienta-se que o E. STF pacificou a questão, a partir do julgamento do Tema nº 1.199 em 18 de agosto de 2022, definindo as seguintes teses:

> *"1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se – nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA – a presença do elemento subjetivo - DOLO;*
> *2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa –, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;*
> *3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;*
> *4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei."*

E, como é cediço, as ações relacionadas a fatos praticados na vigência da

Acesso ao Sumário

Lei nº 8.429/92 podem sofrer influência dos paradigmas e conceitos previstos no novo regime legal da Lei nº 14.230/21 a depender do tema e do momento da apreciação.

É, portanto, pela antiga regra que o prazo inicial deve ser contado, e no caso em apreço se refere ao **término do mandato** ou **do serviço público prestado pelos agentes.**

Nesse sentindo, observa-se que apesar do contrato nº 07/12 (referente à licitação nº 02/12) ter sido **assinado em 18/06/12** (fls. 699/703) e **aditado em 08/08/12** (fls. 72), o **término da 15ª legislatura do então vereador e ora réu, Luiz Henrique Viotto, ocorreu em 31/12/12**, conforme se extrai do sítio da Câmara Municipal de Jales[2].

Outrossim, o serviço contratado expirou somente **cinco anos após a assinatura do contrato**, conforme item 6.1, alínea f do edital (garantia e assistência técnica, fls. 880 e 701), **em 08/08/17. A presente ação foi ajuizada em 07/12/17, e o despacho para intimação dos réus ocorreu em 19/12/17 (fls. 1.175)**, portanto, dentro dos 5 anos exigidos pela antiga regra.

Ademais, quanto ao ressarcimento ao erário, tema fulcral na interposição da presente ação e que atinge a todos os corréus, cabe observar que à luz do Tema nº 897 do STF, recurso extraordinário nº 852.475, formou-se a seguinte tese: "*São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativ*a."

Cabe esclarecer que o pronunciamento da Procuradoria Geral de Justiça, fls. 6.357, está equivocado, pois aqui não se cuida de improbidade lastreada em conduta do agente que acarretou processo disciplinar (Lei nº 8.112/90, art. 142, § 2º).

Inexiste qualquer irregularidade na utilização de prova emprestada, posto que esta foi produzida na esfera criminal, na qual se busca a verdade real e não formal, sendo aquela colhida sob o crivo do contraditório, entre alguns dos corréus desta ação, para os quais foi garantida a ampla defesa, e tendo por objeto os mesmos fatos.

Nesse sentido, com base no art. 372 do CPC[3], admite-se a possibilidade de validar o empréstimo de provas, desde que observado o contraditório, diante da economia processual que proporciona, evitando a repetição desnecessária da produção de prova de idêntico conteúdo, em consonância com a garantia constitucional da duração razoável do processo.

Na mesma esteira, segue a Súmula nº 591/STJ que assim dispõe: "*É permitida a prova emprestada no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa*."

Acesso ao Sumário

2 Câmara Municipal de Jales - Vereadores - Luiz Henrique Viotto (siscam.com.br)

3 Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

Também é o posicionando o C. Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica do julgamento contido no RE nº 1.055.941/SP, com repercussão geral, Tema 990.

> *"Possibilidade de compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pela Receita Federal no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem autorização prévia do Poder Judiciário."* (Relator Dias Toffoli, Tribunal Pleno, J. 12/04/18, publicado em 30/04/18)

Ademais, bem ressaltou o juízo monocrático a fls. 4.766:

> *"Rejeito também o pedido de nulidade das provas supostamente ilícitas, bem como o pedido de 'desentranhamento', sob alegação de que tivesse existido ilegalidade no compartilhamento de provas, extrapolando os limites da decisão do Processo n° 4.441/2015 em trâmite pela 3° VARA CRIMINAL DE LIMEIRA, uma vez que não se verifica presente qualquer ilegalidade. O compartilhamento de provas de deu mediante prévia autorização judicial, além do que, o Órgão do Ministério Público tem como característica sua indivisibilidade, o que lhe permite o poder-dever de lançar mão das provas que cheguem a seu conhecimento e que revelem indícios de ato de improbidade, mormente àqueles lesivos ao erário público, diante da indisponibilidade do interesse público em seu ressarcimento e na responsabilização dos supostos agentes, mormente quando a hipótese diga respeito também a delito de ação penal pública incondicionada.*
>
> *Os elementos da ação penal, não apenas podem, como devem, servir de lastro a eventual responsabilização dos supostos autores do ato de improbidade administrativa, sem que disso decorra qualquer prova ilícita ou contaminação de provas por aplicação da teoria dos 'frutos da árvore envenenada', mormente quando referidas provas são submetidas aos princípios do contraditório e da ampla defesa."*

Assim sendo, não há que se falar em cerceamento de defesa ou qualquer nulidade, ficando rejeitada essa preliminar.

Passo seguinte, tampouco é possível reconhecer a alegada inépcia da petição inicial por falta de cumprimento de alguns requisitos criados pela Lei nº 14.230/21. Como a peça inaugural da ação de improbidade foi protocolada anteriormente à edição da Lei nº 14.230/21, não é de se exigir, como elementar, que a parte autora tivesse nela elencado requisitos que legalmente não existiam ao tempo de sua distribuição. *Tempus regit actum.*

Eventual ordem de emenda à inicial para adequá-la à nova lei até poderia ter sido excepcionalmente proferida pelo juízo a quo, mas deveria ter ocorrido em momento anterior ao saneamento do processo, às fls. 4.751/4.770, que ocorreu em data anterior à edição da Lei nº 14.230/21. Não é possível impor ao demandante o dever de modificar a exordial, mais ainda quando os próprios requeridos manifestaram discordância (art. 329 do CPC[4]). Em suma, verificou-se,

4 Art. 329 - O autor poderá:

Acesso ao Sumário

à época, a estabilização da demanda.

A imutabilidade é tradição em nosso sistema jurídico brasileiro e, nos dizeres de Humberto Theodoro Jr., "não sendo possível retroceder para citar outra vez o réu pelos sucessivos aditamentos e para permitir novos atos de defesa complementar, seria ilegítimo permitir essas alterações depois da citação, porque prejudicariam sensivelmente a efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa"[5]. Certo por outro lado, não estarmos diante de negócio processual (art. 190 do CPC) ou da hipótese do art. 493 do estatuto processual.

De mais, a exordial, com os requisitos que dela se exigiam ao tempo de seu protocolamento, indica suficientemente os atos ímprobos que o autor reputa terem sido praticados pelos requeridos, condutas em tese eivadas de dolo, além de estar devidamente instruída com mais de 1.000 páginas de documentos destinados a demonstrar e comprovar o que se alega. Tanto é assim que os réus exerceram a contento seu direito de defesa durante todo o trâmite processual.

Desse modo, as preliminares são rejeitadas.

No tocante a alegada ausência de responsabilidade dos herdeiros no pagamento da multa civil, tal pretensão se confunde com o mérito, e com ele será analisado.

Passa-se a análise do mérito.

Trata-se de ação de responsabilização civil por atos de improbidade administrativa, ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em face de DANIEL PALMEIRA DE LIMA, D. PALMEIRA DE LIMA - MOVEIS EPP, EDSON VANDO DE LIMA, ARQ- VANDO ARQUIVOS CORPORATIVOS LTDA. ME, EBGI FILE SYSTEMS LTDA. EPP, OVÍDIO VIS, LUIZ HENRIQUE VIOTTO, RENATO LUIS DE LIMA SILVA, e OSCAR DE CAMARGO (sucedido por MÁRCIA GANDOLFI DE OLIVEIRA CAMARGO, FERNANDO DE OLIVEIRA CAMARGO e FLAVIANA CAMARGO ORTLIBAS), sob a alegação de que os réus cometeram fraude no processo licitatório, referente à carta convite nº 02/12, que tinha como objeto a aquisição e instalação de arquivos deslizante mecânicos para Câmara Municipal de Jales. Afirma que houve procedimento investigatório efetuado pelo GAECO - Grupo de Atuação e Combate ao Crime Organizado/Núcleo Piracicaba face aos réus pela prática de fraude em licitação, corrupção ativa e lavagem de dinheiro. Requer a condenação dos réus, solidariamente, às sanções do art. 12, II, da Lei nº 8.429/92, em razão do cometimento dos atos de improbidade adminis-

Acesso ao Sumário

I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu;
II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.
Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir.

5 "Estabilização da demanda no novo Código de Processo Civil", Revista de Processo, vol. 244, junho/2015.

trativa previstos no art. 10 da referida lei. Subsidiariamente, a condenação dos réus às sanções do art. 12, III, da Lei nº 8.429/92, em razão do cometimento dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 11 da referida lei.

Afirma que Daniel Palmeira de Lima utilizou, como instrumento de fraude, diversas empresas para manipular o preço de mercado do objeto do contrato (aquisição e instalação de arquivos deslizantes mecânicos), criando uma pseudo-concorrência entre essas empresas, dentre elas D.PALMEIRA DE KIMA MÓVEIS EPP, EBGI FILE SYSTEMS LTDA, OLVÍDIO VIS ME e ARQ-VANDO ARQUIVOS CORPORATIVOS LTDA, e consequentemente, com a participação de seus proprietários, respectivamente: DANIEL PALMEIRA DE LIMA, OSCAR DE CAMARGO (sucedido por MÁRCIA GANDOLFI DE OLIVEIRA CAMARGO, FERNANDO DE OLIVEIRA CAMARGO e FLAVIANA CAMARGO ORTLIBA), OLVIDIO VIS e EDSON VANDO DE LIMA.

Já LUIZ HENRIQUE VIOTTO, à época presidente da Câmara Municipal, determinou a realização da licitação, após prévio ajuste com Daniel Palmeira de Lima. RENATO LUIS DE LIMA SILVA era assessor parlamentar especial e integrante da comissão de licitação da Câmara, tendo participado ativamente do conluio.

A empresa EBGI FILE SYSTEMS LTDA sagrou-se vencedora adjudicando o objeto da licitação.

Os fatos controvertidos da lide esbarram na caraterização da fraude, comprovação de que os réus teriam concorrido para os atos de improbidade administrativa descritos na inicial, e na comprovação de que daqueles atos tivesse decorrido prejuízo ao erário público.

A Constituição Federal disciplina os princípios da Administração Pública e dispõe acerca da imposição de sanções para atos de improbidade administrativa, conforme se extrai da leitura do texto transcrito:

> *"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*
>
> *...*
>
> *§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".*

Por sua vez, a Lei nº 8.429/92, em complemento ao § 4º do art. 37 da CF, disciplina os mecanismos de combate à improbidade administrativa, classificando os atos de improbidade em três modalidades distintas: atos que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º), atos que causem dano ao erário (art. 10) e atos que violam os princípios gerais da Administração Pública (art. 11), cominando-lhes sanções políticas, civis e administrativas (art. 12).

Acesso ao Sumário

Isto porque, de acordo com os ensinamentos de **Marcello Caetano**, "*o funcionário deve servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sempre no intuito de realizar os interesses públicos, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira oferecer*[6]".

Entretanto, conforme precedente do E. STJ, "*para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, **é imprescindível**, além da subsunção do fato à norma, **estar caracterizada a presença do elemento subjetivo**. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé*" (REsp 1835583/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 12.11.19, DJe 18.05.20).

Sobre o tema, oportuna, também, é a lição de Marçal Justen Filho:

> *"O dolo se configura não apenas como a vontade livre de praticar um ato subsumível à tipificação material prevista em lei. É indispensável a consciência quanto à ilicitude e a vontade de produzir o resultado reprovado pela ordem jurídica... O que se afirma é que não existirá nem improbidade, nem crime, na hipótese de conduta não eivada de dolo*[7]*."*

Pois bem.

Em que pese tratar-se de ações independentes, a alegada fraude a carta convite nº 02/12 está sendo também objeto de processo-crime (processo nº 1007030-61.2017.8.26.0297). Em consulta ao referido processo, observa-se que a denúncia oferecida pelo Ministério Público (pela prática do crime descrito no art. 90, caput, da Lei nº 8.666/93, nos termos do art. 29 do Código Penal), em face de Oscar de Camargo, Ovídio Vis, Luiz Henrique Viotto, Renato Luis de Lima Silva e Daniel Palmeira foi recebida em 10/01/18. No entanto, até a presente data o processo não foi sentenciado, somente extinta a punibilidade em face do réu Oscar de Camargo em razão do seu falecimento (conforme se extrai em consulta ao referido processo).

O requerente junta diversos documentos da investigação efetuada pelo GAECO e que dão suporte às suas alegações, não obstante a independência das esferas judiciais, observando a particularidade do fato narrado.

Outrossim, tem-se que a improbidade depende do alegado conluio dos réus, com o fim de fraudar o caráter concorrencial da carta convite nº 02/12. A questão do dano ao erário será equacionada adiante.

Nesse passo, o traçado dos fatos viciados e que vinculam D. Palmeira (Daniel), EBGI (Oscar), Luiz Henrique e Renato, estão bem lançados na r. sentença:

> *"O réu **DANIEL PALMEIRA DE LIMA** enviou, no dia 02 de maio de 2012, novos e-mails para o requerido **RENATO LUÍS DE LIMA SILVA** (fls. 769*

Acesso ao Sumário

6 Manual de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Forense, 1970, t.2, p. 684.

7 Reforma da Lei de Improbidade Administrativa: comparada e comentada, Ed. Forense, 2021, p.27.

e 811), com modelos de edital (fls. 770/799 e 812/829).
*No dia **03 de maio de 2012**, o réu **LUIZ HENRIQUE VIOTTO** enviou e-mail para o requerido **DANIEL PALMEIRA DE LIMA** (fls. 830), encaminhando cópia do edital (fls. 832/852), que, por sua vez, encaminhou a cópia do referido edital (fls. 855/875) para o endereço de e-mail '**fabio@ofcarquivos.com'**, para conferência.*
*Cumpre registrar, por necessário, que o **'Termo de Referência'** foi, posteriormente, inserido no edital (fls. 877/883) como **Anexo VI** (fls. 891/894), cuja minuta apresentou a mesma descrição dos arquivos deslizantes referida no aludido termo de referência.*
(...)
*No dia **08 de maio de 2012**, os réus **RENATO LUÍS DE LIMA SILVA** e **LUIZ HENRIQUE VIOTTO** enviaram e-mail para o requerido DANIEL PALMEIRA DE LIMA (fls. 895 e 922), encaminhando cópia do **'EDITAL DE LICITAÇÃO Nº 02/2012'**, datado de **09 de maio de 2012** (fls. 897/903 e 923/929) e seus anexos (fls. 904/914 e 930/940).*
*Posteriormente, no dia **09 de maio de 2012** (fls. 499), foi autorizada a abertura do procedimento licitatório **'visando a aquisição de conjunto de arquivo deslizante para a guarda e arquivamento dos processos do legislativo'** pelo vereador LUIZ HENRIQUE VIOTTO (Presidente).*
*No dia **10 de maio de 2012**, o réu **LUIZ HENRIQUE VIOTTO** enviou e-mail para o requerido **DANIEL PALMEIRA DE LIMA** (fls. 916 e 920), repassando um e-mail enviado por **Aracy Murari Cardozo** para a **Câmara de Vereadores de Jales**, com a indicação de várias empresas a serem convidadas para o certame (fls. 917), ocasião em o réu **LUIZ HENRIQUE VIOTTO** indagou o requerido **DANIEL PALMEIRA DE LIMA** para ver o que poderia ser feito para passar por esta situação, conforme trecho que ora se transcreve:*
(...)
*No mesmo dia **(10/05/2012)**, o réu **DANIEL PALMEIRA DE LIMA** enviou o e-mail para o requerido **EDSON VANDO DE LIMA** (fls. 915), indagando-o se isso poderia '**dar rolo'**, conforme trecho que ora se transcreve:*
(...)
*No dia **13 de maio de 2012**, o réu **DANIEL PALMEIRA DE LIMA** enviou e-mail para o requerido **LUIZ HENRIQUE VIOTTO** (fls. 919/920), com a orientação de que seria necessária a retificação do **'ITEM VI DA PROPOSTA, ENVELOPE Nº 02, LETRA H'** do edital, conforme trecho que ora se transcreve:*
(...)
*No dia **15 de maio de 2012**, o réu **DANIEL PALMEIRA DE LIMA** enviou novo e-mail para o requerido **EDSON VANDO DE LIMA** (fls. 921), encaminhando cópia do **'EDITAL DE LICITAÇÃO Nº 02/2012'**, datado de **09 de maio de 2012** (fls. 923/929) e seus anexos (fls. 930/940).*
*No dia **29 de maio de 2012**, houve a sessão de julgamento das propostas, cujo certame contou com a participação apenas das empresas **EBGI FILE SYSTEMS LTDA EPP, D. PALMEIRA DE LIMA MÓVEIS - ME** e **ARQ-VANDO***

Acesso ao Sumário

***ARQUIVOS CORPORATIVOS LTDA**, sagrando-se vencedora do processo licitatório a empresa requerida **EBGI FILE SYSTEMS LTDA EPP**, com a proposta de **R$ 54.900,00** (fls. 675/677).*
O processo licitatório foi homologado e o objeto adjudicado à empresa requerida EBGI FILE SYSTEMS LTDA EPP (fls. 678).
*Após a homologação e adjudicação, foi formalizado o contrato nº 07/2012, no valor de **R$ 54.900,00** (fls. 699/703), o qual foi aditado em **08 de agosto de 2012**, acrescendo-se o valor de R$ 13.000,00, totalizando o montante contratado em R$ 67.900,00 (fls. 723).” (6.012/6.016).*

Infere-se, que diversos emails foram trocados entre as partes, muitos sem relação direta com o caso em questão, mas alguns chamam a atenção e servem de prova do conluio e direcionamento do certame, a exemplo o de fls. 919/922 trocado entre Henrique Viotto e Daniel Palmeira, e o de fls. 941/943 que escancara a fraude ao mencionar: “*Venda feita pela empresa D. Palmeira, usando nota fiscal da EBGI File Systems.*”, mormente quando a empresa D. Palmeira concorreu no mesmo certame, fls. 558/570, e a empresa vencedora (EBGI) possui declaração da OFC Indústria e Comércio (fabricante dos armários deslizantes) afirmando que a EBGI é sua representante “*autorizando a mesma a utilizar toda a documentação técnica de seus produtos, assumindo todas as responsabilidades sobre vendas, principalmente no que se refere a garantia dos produtos*.” (fls. 572). A EBGI, ainda, apresenta a OFC como empresa autorizada a prestar assistência técnica dos seus produtos, fls. 586.

Aqui cabe mencionar que a empresa OFC Indústria e Comércio de Produtos para Escritório Ltda foi a mesma empresa que vendeu o armário deslizante, objeto do certame, para a empresa D. Palmeira (cujo sócio é Daniel Palmeira), e este, por sua vez revendeu à EBGI File Systems (cujo sócio é o falecido Oscar Camargo).

Não se sustenta, portanto, o depoimento feito por Daniel Palmeira ao GAECO quando menciona que: “*Sobre os preços que eu praticava, eu tinha que ter meu lucro. Eu não recebia nada da OFC. Eu comprava deles e revendia, por isso eu tinha de lucrar. Sobre serem exorbitante meus lucros, eu justifico no fato de que os produtos tinham 05 anos de garantia e isso gerava despesas com manutenção (viagens, etc.). Eu pagava para técnicos da OFC fazerem a manu*tenção durante a garantia que era dada por eles. Todo o custo desta manutenção justifica o lucro.” (fls. 947).

A fraude se torna mais notória quando em seu depoimento, Fernando de Oliveira Camargo às fls. 5.801/5.802, sucessor de Oscar Camargo e sócio da EBGI, afirma que conhece Daniel Palmeira, dono da empresa D. Palmeira e que ele era revendedor da empresa OFC. Que tanto o depoente quanto seu pai dirigiam a empresa OFC. A OFC era uma fabricante e a EBGI uma revendedora. Que Daniel comprava os produtos da OFC e revendia. **Que a empresa EBGI não possuía uma loja e foi aberta pelo depoente e seu genitor antes da OFC.**

Acesso ao Sumário

Que quando o depoente e seu genitor resolveram montar a fábrica OFC não se podia ter dois CNPJ no mesmo CPF, de forma que resolveram colocar a esposa e a mãe do depoente como sócias da OFC. Que tanto a EBGI como a OFC são do mesmo grupo econômico, pertencem à família. Notório aqui ressaltar a participação de Oscar Camargo no ardil entre as partes.

As afirmações de Fernando afastam por completo o depoimento de Daniel Palmeira, fls. 5.802, pois ao confessar que a fábrica OFC era dele e de seu pai, os quais mantinham inclusive o poder de direção, retira o argumento de que a D. Palmeira entrou no negócio de Jales para auxiliar a EBGI, já que esta estava com congestionamento na sua linha de produção. Ora, a fábrica que atendia as duas empresas (D. Palmeira e EBGI) era a OFC, do mesmo grupo econômica que a EBGI. Daniel ainda afirma que na OFC tinha como determinação que as empresas poderiam trabalhar sozinhas ou em conjunto com outras empresas, que em alguns casos ele auxiliou EBGI e em outros a EBGI auxiliou a D. Palmeira.

Não há como afastar a existência de comunicação entre os réus. Os documentos e depoimentos comprovam a existência do relacionamento e de combinação de propostas no certame (carta convite nº 02/12), indicando o elemento subjetivo doloso.

Os fatos descrevem ligações familiares e negociais entre as empresas D. Palmeira de Lima - EPP, OFC - Indústria e Comércio de Produtos para Escritórios Ltda. e EBGI File Systems Ltda, assim como entre seus proprietários e Renato Luiz de Lima Silva, pois enquanto servidor público e integrante da comissão de licitação, responsável pelo julgamento do certame, não poderia jamais ter participado e permitido a consumação do direcionamento da licitação.

Na lição de Juarez Freitas, "*... o direito à boa administração vincula racionalmente o gestor público e o força a medir consequências sistêmicas de suas opções, pois terá de justificá-las coerentemente, sobretudo em seu custo-efetividade. Examinado mais de perto, o direito fundamental é autêntico complexo de direitos, regras e princípios, encartados numa verdadeira síntese, que serve de antídoto contra o arbítrio (por ação ou por omissão)*" (Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração. Revista Sequência, Florianópolis, 2015, n. 70, p. 115-133, jun. 2015).

Ademais, é a jurisprudência deste E. Tribunal:

"Ação civil pública. Improbidade administrativa. Carta Convite. Fraude em licitação. Evidenciado o direcionamento do certame com vencedor pré-determinado. Dolo dos envolvidos demonstrado, com lesão ao erário. Absolvições criminais, por ausência de provas, que não têm o condão de eximir os recorrentes do ato perpetrado nas esferas administrativa e civil. Sentença de parcial procedência mantida, por seus próprios fundamentos. Recursos não providos." (Apelação Cível nº 0003185-55.2013.8.26.0466, 10ª Câmara de Direito Público, Relator Antonio Cel-

Acesso ao Sumário

so Aguilar Cortez, J. 18/0/23).

Por outro lado, as provas e depoimentos não foram suficientes para confirmar a efetiva participação de EDSON VANDO DE LIMA, ARQ-VANDO ARQUIVOS CORPORATIVOS LTDA-ME e OVÍDIO VIS. Não se demonstrou a lesividade relevante, dolo ou que tenham concorrido para o conluio ou causar prejuízo ao erário, em que pesem as alegações do Ministério Público. Para que haja uma improbidade é preciso que o ato ilegal ou imoral tenha como condão o elemento subjetivo de desonestidade ou má-fé.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta C. Câmara e deste E. Tribunal:

"RECURSO VOLUNTÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – Ação de improbidade administrativa distribuída em 8/10/2008 – Alegação do "Parquet" de ausência de licitação para a compra de determinados medicamentos – Pretensão da procedência do pedido com o fim de condenar o réu a devolver aos cofres públicos tudo o que foi pago pela municipalidade em razão das compras irregulares de medicamentos nos anos de 2006/2007 – Sentença de improcedência – Inconformismo do Ministério Público do Estado de São Paulo. Improbidade administrativa que exige para a sua caracterização o elemento subjetivo – Ausência de dolo, culpa, má-fé ou desonestidade do agente público – Inexistência de prova de enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário público – Não comprovação de que as aquisições foram realizadas com valores exorbitantes de mercado – Ato ímprobo não configurado. Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, do E. STJ e do C. STF – Sentença que julgou improcedente a ação, mantida – Recurso voluntário do Ministério Público do Estado de São Paulo, improvido." (Apelação Cível nº 0005133-10.2008.8.26.0045; Relator: Marcelo L Theodósio; 11ª Câmara de Direito Público; J: 18/06/18)

"IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FALTA DE LICITAÇÃO. – A realização de compras diretas e a inobservância das exigências da Lei n. 8.666/1993 indiciam atos ímprobos, a parte obiecti. Os indícios correspondentes, entretanto, devem ser confirmados por meio de dilação probatória no curso processual para que se apliquem as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa. sobretudo para aferir a existência de dolo ou de culpa de caráter grave. – A indevida dispensa de certame licitatório configura, por si só, afronta à Lei, mas não é bastante para caracterizar a improbidade administrativa. – A imputação de prática de comportamento ímprobo supõe que a conduta objeto seja (i) ilícita, (ii) desonesta e (iii) nutrida ou de dolo ou de culpa grave, conforme o caso. – Com efeito, nem toda actio contra legem *é* actio improba*, porque esta última exige, para logo, um atributo de perversão, de corrupção, de dissolução moral, e, além disso, que se revista de dolo ou culpa com alguma intensidade. Não provimento da apelação."* (Apelação Cível nº 0000446-47.2005.8.26.0060; Relator: Ricardo Dip; Órgão 11ª Câmara de

Acesso ao Sumário

Direito Público; J: 01/03/18)

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Improbidade administrativa, em decorrência violação da regra da licitação para compra de remédios – Sentença de procedência – Improbidade administrativa que exige para a sua caracterização o elemento subjetivo, ou seja, a má-fé ou o dolo, circunstância não demonstrada durante o processo – Reforma da sentença – Recursos providos." (Apelação Cível nº 9091498-88.2004.8.26.0000; Relator: Oscild de Lima Júnior; 11ª Câmara de Direito Público; J: 20/09/10)

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AQUISIÇÃO DE PRODUTOS E SERVIÇOS PELO MUNICÍPIO DE JAGUARIUNA SEM INSTAURAÇÃO DE PROCESSO LICITATÓRIO OU DE FORMALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO PRÉVIO PARA DISPENSA DE LICITAÇÃO DURANTE OS EXERCÍCIOS DE 2009, 2010 E 211 – FRACIONAMENTO DO OBJETO DA LICITAÇÃO – INOCORRÊNCIA – INEXISTÊNCIA DE DOLO, MÁ-FÉ OU DANO AO ERÁRIO – AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE HOUVE SUPERFATURAMENTO DE PREÇOS – REJEIÇÃO DE CONTAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS QUE NÃO TEM O CONDÃO DE, POR SI SÓ, TORNAR LEGÍTIMA A PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS – ILEGALIDADE QUE NÃO SE CONFUNDE COM IMPROBIDADE. ANTECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE OS PEDIDOS. MANUTENÇÃO. RECURSO VOLUNTÁRIO E REEXAME NECESSÁRIO NÃO PROVIDOS." (Apelação Cível nº 1000516- 95.2017.8.26.0296; Relator: Paulo Galizia; 10ª Câmara de Direito Público; J: 16/12/19).

Com a fraude constatada, impõe-se a nulidade do contrato celebrado (nº 07/12).

No entanto, não se pode falar em ressarcimento do valor pago aos cofres públicos, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração. Isso porque houve a efetiva prestação do serviço (entrega dos armários deslizantes automatizados). Não há prova de superfaturamento, de forma que não há que se falar em condenação dos corréus ao ressarcimento do valor pago pelo objeto à Câmara dos Vereadores, sob pena de enriquecimento sem causa da entidade. Por via de consequência, os produtos fornecidos não serão devolvidos.

Tal fato pode ser constatado não só pelos depoimentos de Luiz Especiato (vereador à época dos fatos – fls. 5.603) e Marco Antônio Zampieri (diretor administrativo à época dos fatos e que ainda permanece no cargo fls. 5.604), os quais afirmam a entrega e efetivo uso dos armários até os dias atuais, bem como pelo próprio Ministério Público que pugnou pela não devolução do objeto do contrato porque está sendo utilizado pela Câmara Municipal de Jales. Nesse tópico, dá-se provimento ao apelo do Ministério Público, pois inviável e contraproducente a devolução do objeto.

Nesse sentido é a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

"A Lei 8.429/1992 é instrumento salutar na defesa da moralidade admi-

Acesso ao Sumário

nistrativa; porém, sua aplicação deve ser feita com cautela, evitando-se a imposição de sanções em face de erros toleráveis e meras irregularidades. (...) Mostra-se imperioso que se separem os atos apenasmente ilegais ou irregulares e os eivados de intuito malsão, propósito maléfico ou ânimo de afrontar os dispositivos escritos no sistema jurídico, sob pena de se universalizar a imputação meramente formal de quaisquer condutas lesivas, retirando-se da improbidade a sua conotação específica e distintiva de sua natureza. É bem verdade que, na hipótese de acumulação de cargos, se consignadas a efetiva prestação de serviço público, a irrisoriedade da contraprestação paga ao profissional e a boa-fé do contratado, afasta-se a violação do art. 11 da Lei 8.429/1992, sobretudo quando as premissas fáticas do Acórdão recorrido evidenciam a ocorrência de simples irregularidade e inexistência de desvio ético ou inabilitação moral para o exercício do munus público. (...)" (AgRg no REsp nº 1.372.917/SC, 1ª T., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 15.9.2016);

"É descabida a devolução dos valores percebidos pelo agente, mesmo nos casos de cumulação ilícita de funções ou cargos, quando efetivamente houve contraprestação dos serviços, em compatibilidade de horários, para não se configurar enriquecimento ilícito da Administração." (REsp nº 565.548/SP, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, j. em 13.8.2013)

Imperioso observar que, de acordo com o art. 10, § 1º, da Lei nº 8.429/92, com a redação estabelecida a partir do advento da Lei nº 14.230/21,[8] não mais se admite a "presunção de prejuízo" como fundamento apto a justificar eventual condenação, sendo imprescindível, agora, a inequívoca demonstração de "perda patrimonial efetiva" **para fins de caracteriza o ato de improbidade lesivo ao erário.**

Também, não se pode considerar a declaração da testemunha Valdir José Cardoso (fls. 5.569/5.570) como suficiente a comprovar o superfaturamento do bem adquirido, pois afirmou apenas que em 2008 a sua esposa era Presidente da Câmara Municipal de Jales e que, certo dia, ela relatou ao depoente que o dono de uma empresa de arquivos tinha lhe oferecido a quantia de R$ 10.000,00 para a aquisição de arquivos, que custariam R$ 45.000,00, mas que o valor de R$ 10.000,00 ficariam para ela, relatando ainda que não sabia o nome da empresa.

A par do dolo efetivamente comprovado, o produto foi fornecido à municipalidade. Não trouxe o Ministério Público qualquer dado concreto de que os valores despendidos seriam destoantes do preço médio esperado para a contratação, de modo que eventual condenação ao ressarcimento resultaria, na verdade,

8 *"Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:*
(...)
§ 1º Nos casos em que a inobservância de formalidades legais ou regulamentares não implicar perda patrimonial efetiva, não ocorrerá imposição de ressarcimento, vedado o enriquecimento sem causa das entidades referidas no art. 1º desta Lei"

Acesso ao Sumário

em enriquecimento ilícito da Administração.

Na lição de Wallace Paiva Martins Júnior, Alexandre de Azevedo Magalhães Junior e Beatriz Lopes de Oliveira[9], tem-se que:

> *"A perda patrimonial para caracterizar a improbidade administrativa há de ser medida pela existência de um prejuízo patrimonial efetivo, derivada de uma conduta ilícita ou imoral do agente.* ***Lesão sem repercussão patrimonial desfavorável ao poder público não configura esta espécie de improbidade administrativa, podendo consistir, conforme o caso, atentado aos princípios da Administração Pública****."* (grifo nosso).

E continuam a fls. 125:

> *"De qualquer maneira, o sentido funcional dessa espécie de improbidade administrativa foi preservado* ***na parte in fine do § 4º do art. 11, acrescentado pela Lei n. 14.230/21, ao gizar, no particular, que sua caracterização dispensa dano ao erário e enriquecimento ilícito de agentes públicos.****"* (grifo nosso).

Assim, a sentença merece reparo. Ante a ausência de enriquecimento ilícito por parte dos corréus, não há como configurar a incursão nos atos descritos no art. 10 da Lei nº 8.429/92. Levante-se, portanto, a indisponibilidade dos bens outrora deferida neste processo.

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO – Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa – Ex-Prefeito do Município de Valparaíso – Contratação, sem licitação ou procedimento prévio de dispensa, de empresa para fornecimento de produtos de ornamentação para realização do 'Natal Iluminado' – Dano 'in re ipsa' – Precedentes – Dolo caracterizado – Tipificadas as condutas previstas nos arts. 10, inciso VIII, e 11 da Lei n.º 8.429/92 ('Lei de Improbidade Administrativa') – Improbidade – Configurada por ofensa aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade – Penalidades aplicadas de acordo com o art. 12, incisos II e III, da Lei n.º 8.429/92 – Afastamento, contudo, da penalidade de ressarcimento integral do dano – Impossibilidade de se presumir o dano no valor integral dos produtos, sob pena de caracterizar enriquecimento ilícito da Municipalidade – Ausência de prova efetiva do prejuízo, mormente se, apesar da indevida dispensa de procedimentos licitatórios, os serviços foram efetivamente prestados e os produtos entregues – Para que se possa concluir pela existência de prejuízo efetivo há necessidade de se demonstrar que, à época das contratações, havia de fato outros fornecedores com melhor preço ou proposta. E de tal ônus se desincumbiu o órgão ministerial, quedando-se inerte de sua obrigação processual prevista no art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil, relativamente à prova dos fatos constitutivos do direito – Inteligência do art. 21 da Lei n.º 8.429/92 – Recurso parcialmente provido para o fim de excluir a condenação de ressarcimento integral do dano e reduzir a suspensão dos direitos polí-*

9 *in* "Lei de Improbidade Administrativa comentada", Editora jus Podium, 1ª Ed., p. 108.

ticos, remanescendo incólumes as demais penalidades – Sentença parcialmente reformada – Recurso parcialmente provido." (Apelação Cível nº 1001287-36.2021.8.26.0651; Relator Des. RENATO DELBIANCO; 2ª Câmara de Direito Público; j. 04.11.2022).

É a lição da doutrina[10]:

"A primitiva redação do inciso VIII do art. 10 tipificava a conduta de frustrar licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente. Em 2014, com o advento da Lei n. 13.019, esse preceito foi estendido com a inclusão de fórmula normativa referente ao processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos. A Lei n. 14.230/21 manteve essa alteração e agregou em sua parte final a locução 'acarretando perda patrimonial efetiva'. Destarte, atualmente, o inciso VIII do art. 10 da Lei n. 8.429/92 pune a frustração da licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou a dispensa indevida, acarretando perda patrimonial efetiva. Essa exigência de efeito prejuízo patrimonial é uma tentativa de superação da jurisprudência que considerava a presunção relativa de lesividade (*dano* in re ipsa)."

Como a redação do art. 10 da Lei nº 8.429/92 passou a exigir a perda patrimonial efetiva e não havendo prejuízo à municipalidade, os atos dos réus devem ser enquadrados, portanto, no art. 11, V e § 4º, da Lei nº 8.429/92[11], pois, ainda sim, presente o ardil em fraudar o certame.

Nesse sentido:

"APELAÇÕES CÍVEIS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MUNICÍPIO DE POMPEIA. AQUISIÇÃO DE CESTAS BÁSICAS SEM PROCESSO LICITATÓRIO DURANTE O ANO DE 2011. Parcial procedência na origem para condenar o proprietário do estabelecimento comercial à vedação de contratação ou recebimento de benefícios ou incentivos do Poder Público por dois anos e ao pagamento de multa civil em 8 vezes a remuneração do agente público, aplicando-se a condenação em multa civil no mesmo valor aos sucessores do ex-prefeito, no limite da herança. Recursos do Ministério Público e dos requeridos.

1. Pleito de gratuidade de justiça por parte dos sucessores do ex-prefeito. Indeferimento. Situação financeira descrita a afastar a alegada hipossuficiência, não apresentados quaisquer elementos capazes de lastrear

10 Wallace Paiva Martins Júnior, Alexandre de Azevedo Magalhães Junior, Beatriz Lopes de Oliveira, "Lei de Improbidade Administrativa comentada", Editora jus Podium,1ª Ed., p. 115.

11 Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas:

(...)

V - Frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros;

(...)

§ 4º Os atos de improbidade de que trata este artigo exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos.

Acesso ao Sumário

a impossibilidade de custeio das despesas processuais. Art. 23-B da Lei 8.249/92. Ausência de adiantamento de custas. Desnecessidade de determinação de recolhimento.

2. Inovação recursal do Ministério Público quanto ao requerimento de indenização por dano moral difuso. Recurso não conhecido no ponto.

3. Alegada prescrição intercorrente. Inaplicabilidade do regime contemplado na novel Lei 14.230/2021, que modificou a Lei 8.429/1992. Tema 1.199 do col. STF. Irretroatividade da nova lei quanto à prescrição. Prescrição não caracterizada.

4. Aquisição mensal de cestas básicas durante o ano de 2011, no valor total de R$ 503.732,90. Ofensa à obrigatoriedade constitucional de licitação, da qual os requeridos tinham plena ciência, haja vista ter a administração municipal promovido em janeiro o pregão presencial nº 003/2011 e o comerciante requerido ter dele ativamente tomado parte, apresentando recurso administrativo diante de sua desclassificação. Cancelamento do pregão em março. Simultânea aquisição das cestas básicas que perdurou até o fim do ano, sem que se tenha iniciado qualquer outra licitação a remediar alegada emergência da contratação. Conjunto documental, em harmonia com a prova testemunhal, que caracteriza patente dolo na frustação de processo licitatório.

5. Prática de preços harmônica ao praticado no mercado e compatível com as propostas apresentadas em sede do pregão nº 003/2011. Inocorrência de dano ao erário capaz de ensejar indenização por dano material ou aplicação das hipóteses previstas pelo art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa. Positivação da conduta dos requeridos nos termos do art. 11, V, daquele diploma legal.

6. Incidência das sanções postas pelo art. 12, III, da Lei nº 8.429/1992. Observação da proporcionalidade voltada a cada requerido. Quanto ao comerciante, adequada a proibição de contratar e receber benefícios ou incentivos do Poder Público pelo prazo de dois anos, porém excessiva a multa civil, que comporta redução para 3 vezes a remuneração do agente público. Redução semelhante quanto à multa imposta aos sucessores do ex- prefeito, nos limites do patrimônio por ele deixado, observados em ambos os casos os consectários da mora desde o último evento danoso. Desfecho processual de origem alterado apenas para reduzir a multa civil." RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DESPROVIDO, NA PARTE CONHECIDA, E RECURSOS DOS REQUERIDOS PARCIALMENTE PROVIDOS. (Apelação Cível nº 1000823-30.2017.8.26.0464, 11ª Câmara de Direito Público, Relator Márcio Kammer de Lima, j. 13/04/23).

Os réus, envolvidos na licitação e contratação fraudulenta, ao terem atuado de forma a permitir o direcionamento do certame, frustraram, em ofensa a imparcialidade, o caráter concorrencial do procedimento licitatório na aquisição dos armários deslizantes para a administração pública. Notório o proveito ou benefício indevido. **Há lesividade relevante apta a configurar a improbidade.**

Acesso ao Sumário

Mesmo que não haja dano ao erário ou enriquecimento ilícito, não se pode afastar o ato de improbidade administrativa, conforme restou explicitado no § 4º do art. 11 da Lei nº 8.429/92[12].

Assim, a sentença merece reparo, para afastar as consequências relativas aos atos previstos no art. 10 da Lei nº 8.429/92, inserindo-os nos termos previstos no art. 11, V, da referida lei (conduta taxativa)[13]. Aos réus aplicam-se as sanções descritas no art. 12, III, da referida lei.

Nesse passo, no que atina à multa civil, e em respeito ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, entendo que a multa deve ser fixada em 05 (cinco) vezes o valor da remuneração do Presidente da Câmara Municipal de Jales/SP[14], corrigida monetariamente pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça e acrescida de juros moratórios de 1% ao mês, com aplicação de ambos desde a data do evento danoso, para cada réu, individualmente, **exceto aos sucessores de Oscar Camargo**. Isso porque a intransmissibilidade da multa civil aos sucessores do agente ímprobo decorre do art. 8 da Lei nº 8.429/92.

Tem-se que a obrigação dos herdeiros quanto à condenação em pecúnia apenas ocorre quando há incidência dos atos ímprobos tipificados no art. 9º (enriquecimento ilícito) e art. 10 (dano ao erário) da lei de improbidade, conforme entendimento consolidado pelo C. STJ:

> *"ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE SEM LICITAÇÃO. ATO ÍMPROBO POR ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES.*
> *(...)*
> ***8. Consoante o art. 8º da Lei de Improbidade Administrativa, a multa civil é transmissível aos herdeiros, 'até o limite do valor da herança', somente quando houver violação aos arts. 9° e 10° da referida lei (dano ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito), sendo inadmissível quando a condenação se restringir ao art. 11.***
> *9. Como os réus foram condenados somente com base no art. 11 da Lei da Improbidade Administrativa, é ilegal a transmissão da multa para os sucessores do de cujus, mesmo nos limites da herança, por violação ao art. 8º do estatuto.*
> *10. Recurso Especial parcialmente provido para reduzir a sanção de proibição de contratar e receber subsídios públicos e afastar a transmissão mortis causa da multa civil."* (REsp n. 951.389/SC, relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 9/6/2010, DJe de 4/5/11 – grifo nosso).

Acesso ao Sumário

ntes públicos.

13 Art. 11 (...)
V - frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros;

14 considerando o subsídio da época dos fatos (agosto/12).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO CONSTATADA. COMPLEMENTAÇÃO DO JULGADO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATO ÍMPROBO POR ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LIA. APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL. TRANSMISSÃO DA SANÇÃO AOS HERDEIROS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Constatada omissão quanto à intransmissibilidade da multa civil aos sucessores do de cujos, impõe-se a complementação do julgado.

2. No acórdão ora embargado, a Segunda Turma do STJ reconheceu a violação do art. 11 da Lei de Improbidade (Lei 8.492/1992), ante a ilegalidade da contratação, sem licitação, do escritório de advocacia do de cujus (sócio majoritário), José Nilo de Castro, pela Prefeitura Municipal do Visconde do Rio Branco. Diante disso, o aresto declarou a nulidade do contrato celebrado, e, em razão da ausência de prejuízo ao Erário ou mesmo de enriquecimento ilícito do Escritório, aplicou, com fulcro no art. 12, III, da LIA, apenas a multa civil a cada um dos agentes envolvidos, no patamar de 10% do valor total das contratações, atualizados desde a assinatura do primeiro pacto.

3. Em razão do falecimento do réu José Nilo de Castro, é necessária a análise da questão relativa à transmissão da multa aplicada ao de cujus.

4. Consoante o art. 8º da LIA, a multa civil é transmissível aos herdeiros, "até o limite do valor da herança", somente quando houver violação aos arts. 9º e 10 da referida lei (dano ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito), sendo inadmissível a transmissão quando a condenação se restringir ao art. 11 (REsp 951.389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4/5/2011).

5. In casu, como a condenação do réu por ato de improbidade administrativa se deu somente com base no art. 11 da LIA, uma vez que não há prova de lesão ao erário, é indevida a transmissão da pena de multa ao Espólio de José Nilo de Castro.

6. Embargos de Declaração acolhidos para complementar o julgado conforme a fundamentação supra e declarar que a multa civil imposta no caso dos autos não se transmite aos herdeiros do de cujus José Nilo de Castro." (EDcl no REsp nº 1505356/MG, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22/08/17, DJe de 13/09/17 – grifo nosso)

Dessa forma, a condenação de Oscar de Camargo **à multa civil**, com base no art. 8º da Lei nº 8.429/92, por caracterizar sanção de natureza pecuniária personalíssima não é transferida aos herdeiros. Procedente o apelo da sucessora Marcia Gandolfi, aos demais herdeiros é estendida tal benesse.

Aos corréus Daniel Palmeira de Lima, Luiz Henrique Viotto, Renato Luís de Lima Silva, D. Palmeira de Lima Móveis e EBGI File Systems Ltda, aplica-se, também, a proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por

Acesso ao Sumário

intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 4 anos.

Ante a ausência de enriquecimento ilícito por parte dos corréus e de prejuízo à municipalidade, levante-se a indisponibilidade dos bens outrora deferida nestes autos.

Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Pelo exposto, dá-se provimento aos recursos dos herdeiros de Oscar Camargo. Dá-se de parcial provimento aos recursos do autor e dos réus. Não se conhece do recurso do corréu Renato, mas a ele são estendidos os efeitos dessa decisão.

Eventual inconformismo em relação à presente decisão será objeto de julgamento virtual, ficando cientes as partes de que discordância quanto a essa modalidade de julgamento deverá ser manifestada quando da interposição do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1023394-16.2022.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante MUNICÍPIO DE SANTOS, é apelado T - GRÃO CARGO TERMINAL DE GRANÉIS S/A.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.768)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente) e MARCELO L THEODÓSIO.

São Paulo, 14 de março de 2024.

RICARDO CHIMENTI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Ação Declaratória c/c Anulatória. ISS. Município de Santos. Sentença de procedência. Pretensão à reforma. Acolhimento. Autora que é arrendatária de silo no Porto de Santos, atuando como intermediária na exportação de grãos, com armazenamento e acondicionamento em navios indicados pelos tomadores. Modelo contratual no qual é estipulada uma demanda mínima periódica de grãos processados, atraindo obrigação de pagamento mesmo sem a utilização. Cláusula "take-or-pay". Discussão sobre a incidência do ISS sobre valores recebidos a esse tí-

tulo. Cobrança que não reflete cláusula penal, como já reconhecido pelo C. STJ. Cláusula que, dentro das várias classificações oferecidas pela doutrina, parece refletir um elemento de alocação de risco, caracterizando os contratos como aleatórios. Inteligência do art. 458 do Código Civil. Hipótese em que a incerteza se encontra na demanda, e não na oferta. Cenário envolvendo contratos relacionais duradouros, em que a prestação dos serviços é observada na disponibilização constante dos meios para o escoamento dos grãos, e não apenas no momento de cada efetivação dos serviços contratados. Impossibilidade, ademais, de cindir as remunerações, visto que a cláusula age na própria precificação dos serviços. Utilização do raciocínio contido nos Temas 300 e 581 do C. Supremo Tribunal Federal. ISS devido sobre todo o preço pago. Sentença reformada. Recurso provido.

VOTO

I – Relatório

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo **Município de Santos** em face da r. sentença de p. 228/233, a qual julgou procedentes os pedidos na ação declaratória movida por **T-Grão Cargo Terminal de Granéis S/A**, reconhecendo que, no âmbito de operação de armazenamento e escoamento de grãos para exportação, não incide o ISS sobre a disposição contratual quel estabelece pagamento mínimo mesmo quando o serviço não é utilizado (cláusula "*take-or-pay*"), visto que a natureza da verba é de indenização fixada em cláusula penal. O Município foi condenado a arcar com os ônus sucumbenciais, incluindo verba honorária fixada no mínimo legal sobre o valor da causa.

Em suas razões de apelação, o Município alega, preliminarmente, que (i) a sentença deve ser anulada, já que a análise da cláusula contratual em questão demanda produção de provas. No mérito, defende que (ii) não se trata de multa compensatória, mas de antecipação de valor diretamente relacionado à prestação de serviço, compondo, portanto, o respectivo preço (p. 252/255).

Nas contrarrazões, a autora-apelada defende que o julgamento antecipado da lide foi válido, e afirma que a r. sentença classificou adequadamente a cláusula "*take-or-pay*" (p. 259/271).

II – Fundamentação

O recurso comporta provimento.

A alegação preliminar do Município se confunde com o mérito e será oportunamente analisada.

Acesso ao Sumário

Trata-se de ação declaratória, com pleito anulatório, movida por empresa que opera um terminal de escoamento de grãos para exportação no Porto de Santos, envolvendo a cobrança de ISS sobre um mecanismo remuneratório contratual chamado internacionalmente de "*take-or-pay clause*", verificado na ação fiscal de p. 130/143 – com a constituição do Auto de Infração nº 1.165/2014, descrito em p. 136.

Em primeiro lugar, faz-se necessário trazer esclarecimentos sobre o cenário fático, tendo em vista o elevado grau de especificidade de operações portuárias em geral.

A autora é uma sociedade anônima cujo objeto é a exploração de instalação portuária (p. 45), referente a área arrendada pela CODESP para a "*movimentação e armazenagem de graneis sólidos de origem vegetal*", atribuindo-se à arrendatária a obrigação de instalar silos metálicos e de ampliar o ramal ferroviário local (Cláusulas 1º e 4º, § 1º do contrato de arrendamento juntado em p. 101/110).

Nesse sentido, a empresa não realiza o transporte marítimo em si, atuando apenas como coordenadora e organizadora do transporte de cargas de terceiros em contexto de transporte multimodal. Atua por conta e ordem dos tomadores dos seus serviços no sentido de executar ou providenciar a execução das operações anteriores ou posteriores ao transporte marítimo propriamente dito, relacionadas aos grãos oriundos de diversas exportadoras, enviados até ela por deslocamento rodoviário ou ferroviário, bem como organiza a exportação em lotes (regime de pool). O serviço se encerra com o carregamento dos grãos nas embarcações de empresas indicadas pelos tomadores dos seus serviços, cabendo a elas, e não à autora, a emissão do conhecimento de embarque (*bill of lading*).

Trata-se, portanto, do que a Resolução Normativa ANTAQ nº 18/2017 denomina de agente intermediário transitário:

> **Art. 2º Para os efeitos desta Norma são estabelecidas as seguintes definições: [...]**
> **II agente intermediário: todo aquele que intermedeia a operação de transporte entre o usuário e o transportador marítimo ou que representa o transportador marítimo efetivo, podendo ser:**
> **a) agente transitário: todo aquele que coordena e organiza o transporte de cargas de terceiros, atuando por conta e ordem do usuário no sentido de executar ou providenciar a execução das operações anteriores ou posteriores ao transporte marítimo propriamente dito, sem ser responsável por emitir conhecimento de carga ou Bill of Lading BL; -** grifei.

Nota-se que, se o núcleo da operação reside na coordenação e organização de cargas, a forma contratual que mais se aproxima do serviço da autora parece, a princípio, ser o contrato de depósito, e não o contrato de transporte (conforme as definições dos artigos 627 e 730 do Código Civil).

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido, cabe apontar que o armazenamento de grãos em silos vai muito além da simples disponibilização de galpões, já que existem diversas normas para a conservação adequada do produto, a prevenção de pragas e contaminações, e até mesmo para evitar explosões oriundas de gases liberados pelos grãos (havendo, sobre o ponto, a normativa ABNT NBR 16385:2015).

Portanto, a prestação de serviços demanda investimentos constantes da prestadora, seja para adimplir obrigações previstas no contrato arrendamento (inclusive com a manutenção da área disponível para abrigar os produtos respectivos), seja para a atualização e adequação frente a modificações nos parâmetros específicos à operação.

A partir desses esclarecimentos é possível contextualizar a disposição contratual que compõe o cerne da controvérsia no caso.

A cláusula "*take-or-pay*" é um mecanismo contratual remuneratório, típico de contratos de longa duração, no qual se estipula um pagamento periódico mínimo, devido pelo pagador mesmo quando ele não se utiliza dos produtos ou serviços no correspondente lapso temporal. Seu surgimento, ao menos sob o aspecto formal, decorreu da natureza de relações de fornecimento de gás, como leciona a doutrina:

> **[...] Para suportar os picos de inverno, os compradores adquiriam abundante quantidade de gás natural da capacidade produtiva dos produtores, insistindo, ainda, que os produtores dedicassem determinados poços ou reservatórios com exclusividade para atender os seus contratos e garantir a disponibilidade constante do insumo. Ocorre que, na medida em que não havia a imposição de aquisição do gás natural, os compradores deixavam de comprá-lo nos períodos de baixa demanda. Assim, frente à cláusula de exclusividade, os produtores se viam impossibilitados de vender o gás natural produzido, resultando, em muitos casos, em uma irrecuperabilidade dos custos de perfuração, exploração e operação.**
>
> **É nesse contexto que surge a cláusula take-or-pay, que exigia que o comprador adquirisse uma quantidade mínima de gás natural a cada determinado período, independentemente de ter ou não retirado o produto. Desse modo, garantia-se não só a disponibilidade do produto aos compradores, mas também que fosse percebida certa receita anual ou mensal pelos produtores, mesmo em períodos de baixa da demanda, alocando o risco da deterioração do mercado ao comprador.**[1] - grifei.

Apesar desse contexto, é possível visualizar uma estrutura semelhante em relações bastante diversas (embora não envolvam, tecnicamente, a referida cláusula), como na cobrança de valor a título de "consumo mínimo" (ou consumação) em bares e restaurantes, ou na mensalidade de planos de telefonia até

1 TORRES, Giovana Durli. *A determinação da natureza jurídica da cláusula* take-or-pay *e seus efeitos no direito brasileiro.*
Artigo científico apresentado na PUC-RS. Disponível em ABNT NBR 16385:2015.

Acesso ao Sumário

um certo limite de utilização.

O modelo do "*take-or-pay*" tornou-se difundido em diversas relações contratuais, e pode ser observado nos contratos do caso (p. 70/84 e 85/100), juntados pela parte autora (a "contratada" no caso concreto) a título de amostragem:

> **3.2.5 A contratante se compromete a movimentar a tonelagem de soja prevista na cláusula 1.1 [...] caso o contratante nomeie o(s) navio(s) para embarque de soja e não movimente o volume nomeado por ela para o respectivo período a contratante pagará à contratada o valor correspondente à quantidade não movimentada [...]** (p. 74/75).
>
> **3.3.1 Caso a contratante não movimente o volume previsto do produto [...] a contratante pagará à contratada o valor de 70% (setenta por cento) da tarifa de operação estabelecido na cláusula 3.1, multiplicado pela quantidade do produto não movimentada no período ("take or pay"), não sendo devida qualquer outra penalidade à contratante [...]** (p. 90).

A questão submetida a julgamento é a incidência, ou não, do ISS nos casos em que não há a movimentação mínima contratada. Consequentemente, torna-se necessário aferir se a remuneração integra o preço do serviço, o que passa pela definição da natureza jurídica da cláusula *take-or-pay*.

Na sentença, o d. Juízo *a quo* considerou que o serviço não teria sido prestado, e que a referida cláusula refletiria uma multa compensatória, tal como nomeado pelos contratantes.

Entretanto, tendo em vista que o dispositivo deve ser interpretado objetivamente, tal definição não parece ser a mais adequada ao caso, respeitados os entendimentos em sentido contrário.

Nos termos do art. 408 do Código Civil, a cláusula penal reflete a imposição de uma sanção contratual a quem "*... desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora*".

Por sua vez, conceitua-se obrigação como "*a relação jurídica entre duas (ou mais) pessoas, de que decorre a uma delas, ao debitor, ou a algumas, poder ser exigida, pela outra, creditor, ou outras, prestação*".[2] Em outras palavras, há um direcionamento de certa ação para outrem, que é quem tem a pretensão de exigir a referida ação, existindo reciprocidade dessas posições nos contratos bilaterais.

Nas relações contratuais do caso, a autora (contratada) presta os serviços destinados ao escoamento, enquanto a prestação devida pelas tomadoras (contratantes) é, essencialmente, o pagamento do preço. O envio dos grãos para processamento não é uma *obrigação* devida pelo tomador: trata-se, apenas, de etapa necessária para que o serviço prestado seja remunerado em seu preço cheio,

2 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado, Parte Especial.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. Tomo XXII, p. 12.

Acesso ao Sumário

e que incumbe aos tomadores em seu próprio interesse de escoar a produção.

Sob a ótica da autora-prestadora, há um interesse meramente indireto, de ordem econômica, para que o volume de grãos enviados seja o maior possível, dado que sua remuneração não sofre qualquer desconto em função dessa quantidade maior. A cláusula "*take-or-pay*" é um mecanismo para resguardar a remuneração do prestador do serviço, mas não faz surgir uma pretensão para que os tomadores movimentem certo volume de grãos.

Sob um outro prisma, os tomadores podem exigir o cumprimento da obrigação que visa ao escoamento, mas a autora-prestadora não pode exigir que lhe seja entregue um volume mínimo de mercadorias.

Dessa forma, a inexistência de movimentação de um volume mínimo não reflete um descumprimento contratual pela tomadora dos serviços, o qual só existirá se o preço com os descontos cabíveis não for pago, de forma que a cláusula em questão não está introduzindo uma multa compensatória.

Sob um aspecto mais prático, a exigibilidade da cláusula penal depende, por expressa previsão legal, da existência de culpa. Essa aferição é incompatível com a dinâmica contratual da cláusula "*take-or-pay*", já que o tomador poderia suscitar diversos elementos externos para justificar sua ausência de demanda esvaziando o principal motivo pelo surgimento da própria cláusula, como visto.

O C. STJ, em precedente recente, manifestou-se nesse sentido:

> **RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE DUPLICATAS E DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITOS. CONTRATO DE FORNECIMENTO DE GÁS NATURAL. CLÁUSULA TAKE OR PAY. NATUREZA OBRIGACIONAL. EMISSÃO DE DUPLICATAS. VALOR CALCULADO COM BASE NO CONSUMO MÍNIMO. POSSIBILIDADE.**
> **[...]**
> **3. A cláusula take or pay consiste em disposição contratual por meio da qual o comprador se obriga a pagar por uma quantidade mínima especificada no contrato, ainda que o insumo não seja entregue ou consumido. Isto é, uma das partes assume a obrigação de pagar pela quantidade mínima de bens ou serviços disponibilizada, independentemente da flutuação da sua demanda. São duas as principais finalidades dessa cláusula: alocar riscos entre as partes e garantir o fluxo de receitas para o vendedor.**
> **4. A cláusula take or pay diz respeito à própria obrigação principal, porquanto contempla obrigação de pagar quantia.**
> **Diversamente da cláusula penal, a cláusula take or pay não pressupõe a inexecução da obrigação principal, mas compõe a própria obrigação, já que define o valor a ser pago pela disponibilização de um volume específico de produtos e serviços. Portanto, a cláusula de take or pay tem natureza obrigacional e não de cláusula penal, motivo pelo qual está sujeita ao regime geral do direito das obrigações. É importante consignar, todavia, a necessidade de avaliar-se,**

Acesso ao Sumário

em cada hipótese, a finalidade dos contratantes na estipulação da cláusula (art. 112 do CC/02). Afinal, não se pode descartar a possibilidade de as partes denominarem determinada disposição contratual de "cláusula de take or pay" e tratar-se, em verdade de uma cláusula penal.

[...]

6. O cálculo do montante devido com base na cláusula take or pay não quer dizer que não houve uma efetiva compra e venda. Na realidade, existe um contrato de compra e venda, mas, em determinada época, em razão de o consumo de produto ou serviço ter sido inferior ao mínimo disponibilizado, o preço devido foi calculado nos moldes do previsto na cláusula take or pay. Assim, é possível emitir duplicata fundada em contrato de compra e venda, ainda que o valor constante do título tenha sido calculado com base na cláusula take or pay.

7. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 1.984.655/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 29/11/2022, DJe de 1/12/2022.) - grifei.

Ao mencionar que a cláusula "*compõe a própria obrigação*", esse julgado já parece indicar que se trata de valor tributável. Contudo, o objeto daquele recurso era tão somente "*definir o regime jurídico aplicável, ou seja, se incidem as normas gerais do direito das obrigações ou o regramento jurídico concernente à cláusula penal*"; para a presente análise, faz-se necessário adotar uma posição específica no cotejo entre a contraprestação e o preço do serviço.

Sobre esse ponto, observa-se que, se de um lado há uma consolidação jurisprudencial sobre o que a cláusula "*take-or-pay*" não é (cláusula penal), de outro há grande divergência em julgados e na doutrina sobre o que ela, de fato, *é.*

Um primeiro posicionamento é o de que a cláusula refletiria uma obrigação alternativa.[3] Entretanto, essa modalidade obrigacional pressupõe uma proporção mínima entre as duas escolhas, o que não ocorre no cenário tratado na cláusula: ou a demanda é superior ao mínimo, e a contraprestação é calculada normalmente, ou ela é inferior, e surge um cenário desvantajoso (naquele momento específico, e não tomando o contrato globalmente) ao tomador.

Conquanto a não-utilização até possa representar uma escolha, e não simples falta de demanda, isso representará uma decisão tomada com base em elementos extracontratuais. Tomando o contrato em si mesmo, o pagamento sem utilização não reflete uma *opção*, e sim a *concretização de um risco* – e não deixa de representar um prejuízo, ainda que ele seja compensado com base em considerações do tomador externas à dinâmica contratual.

Outro posicionamento que encontra amparo doutrinário é o que define a cláusula *take-or-pay* enquanto uma "obrigação de garantia", seguindo a classifi-

Acesso ao Sumário

3 MEDEIROS, Pedro Lins Conceição. A (Não) incidência do regime jurídico das cláusulas penais compensatórias a obrigações de take-or-pay: uma análise à luz dos direitos inglês e nacional. *Revista de Direito Privado*, vol. 98/2019, p. 189-225.

cação entre obrigações de meio, resultado e garantia.[4]

Ocorre que a menção à função de "proteção de risco" nas definições de doutrinadores a respeito das obrigações de garantia está vinculada às características específicas dos contratos de seguro e fiança. Tal obrigação seria acessória, com o objetivo de assegurar o cumprimento da obrigação principal.

No caso da cláusula *take-or-pay*, a obrigação principal do tomador é, como visto, de pagamento do preço. Logo, uma obrigação de garantia envolveria uma proteção contra o inadimplemento, ou seja, a falta de pagamento. Esse propósito em nada é alcançado pela estipulação de uma outra prestação pecuniária, cuja cobrança envolveria os mesmos percalços, sem qualquer reforço ao adimplemento – como ocorreria no penhor ou na hipoteca, por exemplo.

Na verdade, parece existir uma confusão com o sentido da palavra "garantia": é possível dizer que a cláusula "garante" uma fonte de receita para o prestador, resguardando-o de flutuações de demanda, mas isso não guarda relação com o conceito jurídico das obrigações de garantia, as quais pressupõem o inadimplemento e a acessoriedade, inexistentes no caso.

Frente a todos esses posicionamentos, o entendimento que mais adequadamente descreve a cláusula é o que a insere no contexto dos **contratos aleatórios.**[5]

Tais avenças são mencionadas nos artigos 458 e 459 do Código Civil:

> **Art. 458. Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assuma, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir.**
>
> **Art. 459. Se for aleatório, por serem objeto dele coisas futuras, tomando o adquirente a si o risco de virem a existir em qualquer quantidade, terá também direito o alienante a todo o preço, desde que de sua parte não tiver concorrido culpa, ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior à esperada.**

Nota-se, portanto, que o traço diferenciador desses contratos é a assunção de um risco decorrente de elemento externo de incerteza, o que impede que o contratante prejudicado tenha pretensão oriunda da concretização de cenário desvantajoso. No art. 458, a incerteza atinge a própria existência de "coisas ou fatos futuros", modalidade descrita na doutrina como *emptio spei* ("compra de esperança"), enquanto a incerteza descrita no art. 459 atinge apenas a quantidade das "coisas futuras", denominada *emptio rei speratae* ("compra de coisa esperada").

Em geral, as operações utilizadas como exemplos de contratos aleatórios

4 DURLI, *op. cit*., p.22.

5 Nesse sentido: BALERONI, Rafael Baptista. Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de *ship-or-pay* e *take- or-pay* nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural. Padma: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Ano 07, Vol. 27, Jul/Set 2006.

envolvem um risco de *oferta*: há incerteza quanto à existência ou quantidade de produtos ou serviços a serem oferecidos, e o contrato surge para alocar esse risco ao comprador, que pagará em qualquer hipótese.

No presente caso, o risco está na existência de *demanda*: não se sabe precisar a quantidade de produto no futuro. O contrato também visa a alocar esse risco ao comprador (tomador do serviço neste caso), estipulando que haverá pagamento independentemente da necessidade em cada período aquisitivo.

A crítica a essa classificação seria a de que não há incerteza em uma *prestação*,[6] mas isso não consta no art. 458 do Código Civil, o qual menciona, apenas, a existência de "fatos futuros ... cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assuma". No caso, a demanda futura se enquadra nesse conceito.

Sendo, portanto, a cláusula *take-or-pay* um elemento de aleatorização contratual, a incidência do ISS se torna mais clara.

Primeiro, em contratos duradouros, a prestação do serviço não necessariamente se observa apenas nos momentos de contratação; o serviço pode se fazer presente, também, **na disponibilização constante de um conjunto de meios para atender a uma expectativa do tomador.**

Nesse sentido, possível traçar paralelo com os serviços de plano de saúde, conforme o Voto Vogal do Min. Edson Fachin no âmbito do Tema 581 do STF:

> **No caso, tanto a atividade-meio quanto a atividade-fim são obrigações de fazer: as operadoras de planos de saúde, como bem salientou a Procuradoria-Geral da República, tem obrigação fornecer os serviços dispostos na cobertura contratual, a serem realizadas por terceiros, mediante o pagamento de mensalidades. Salienta, ademais, que o fato gerador da obrigação tributária não se realiza com o serviço prestado pelo terceiro (médicos, clínicas ou hospitais), mas com a administração do plano realizada pela própria operadora, serviço sobre qual deve incidir o ISS.**
>
> **[...]**
>
> **Assim, o núcleo do contrato entre a operadora de planos de saúde e os seus clientes é a disponibilidade, ao usuário contratante, da rede credenciada e a garantia da cobertura dos infortúnios previstos no contrato, e não uma prestação de dar. E essa atividade de disponibilização da rede de atendimento é serviço, sobre o qual pode incidir o ISS.**

Em segundo lugar, há que considerar que os contratos em questão se apresentam como um todo, de natureza indissociável, visto que não é possível cindir as operações sem esvaziar toda a dinâmica contratual. A cláusula tem múltiplas funções e serve também ao comprador, o qual obtém preços menores e proteção contra variações de preço, como leciona a doutrina:

Acesso ao Sumário

6 VIEIRA, Vitor Silveira. A cláusula de take or pay no Direito Privado brasileiro: qualificação, regime e aplicação. *Revista de Direito Privado*, Vol. 106/2020, p. 07.

Em linhas gerais, foi possível indicar que a cláusula take-or-pay atende, em regra, às seguintes finalidades: (i) garantir a disponibilidade de determinada quantidade mínima do produto ou serviço sob um preço fixo; (ii) assegurar o pagamento de determinado valor mínimo, em certa periodicidade, garantindo fluxo de caixa, bem como o incentivo e a compensação aos investimentos necessários ao contrato; (iii) repassar os custos de investimento aos elos da cadeia contratual; (iv) evitar o exercício abusivo do direito de utilização de quantidades variáveis do bem ou serviço objeto do contrato; (v) incentivar a performance do contrato e do sistema mercadológico em que está inserido; e, ainda (vi) figurar como mecanismo de alocação de riscos, conferindo certa segurança e previsibilidade ao contrato perante variações mercadológicas de preço e demanda.[7]

Nesse contexto, e aplicando a lógica que permeia o Tema 300 do STF, não é possível separar o contrato em momentos em que há prestação de serviço e momentos em que isso não ocorre, até porque a própria remuneração prevista sobre cada hipótese foi fixada em função da outra, e não autonomamente.

Esse ponto leva a uma terceira conclusão, de ordem prática: não se mostra razoável exigir um controle do ente tributante sobre a demanda do comprador e a incidência da cláusula *take-or-pay*, e a dificuldade de fiscalização *a posteriori* implicaria conceder excessivo poder ao sujeito passivo quanto à definição da base de cálculo do ISS.

Nota-se, portanto, que a definição não dependia da produção de provas adicionais, motivo pelo qual resta prejudicado o pleito do ente municipal.

Destarte, o caso é **de reformar a r. sentença, declarando a incidência do ISS inclusive sobre as verbas recebidas em razão da cláusula "take-or-pay" e invertendo os ônus sucumbenciais.**

Com o provimento do recurso, nada há a ser majorado para fins do art. 85, § 11 do CPC, conforme pacífica jurisprudência do C. STJ.

Por derradeiro, com o intuito 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, **dá-se provimento ao recurso.**

Acesso ao Sumário

7 DURLI, *op. cit.*, p.08.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000505-12.2016.8.26.0681, da Comarca de Louveira, em que é apelante MUNICÍPIO DE LOUVEIRA, Apelantes/Apelados ALCI ROBERTO PREVITALI, MÁRCIA BOTTURA PREVITALI, CARLOS ALBERTO PREVITALE, MARIA RITA CONTINI PREVITALE, ELSO APARECIDO PREVITALI e HILDA FERNANDA VON ZUBEN PREVITALI, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso do Ministério Público para estender a condenação à sociedade empresária Elso Aparecido Previtale e Outros; deram provimento parcial aos recursos de Elso Aparecido Previtali e Hilda Fernanda Von Zuben Previtali; deram parcial provimento ao recurso do Município para afastar a condenação solidária, mantida a responsabilidade subsidiária quanto ao cumprimento das obrigações e deram provimento aos recursos de Carlos Alberto Previtali, Maria Rita Contini Previtali, Alci Roberto Previtali e Márcia Bottura Previtali para permitir o levantamento da indisponibilidade que recai sobre seus bens.V.U. Sustentaram oralmente o Doutor Vicente Caricchio Neto, Doutor Nivaldo Maciel de Souza e o Excelentíssimo Procurador de Justiça Doutor José Carlos de Freitas", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.638)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NOGUEIRA DIEFENTHALER (Presidente) e RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO.

São Paulo, 7 de março de 2024.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Louveira. Sítio Maria Madalena. Rompimento de barragens. Danos ambientais. Recomposição. Dano material, moral coletivo e ambiental intercorrente. Indenização. Município. Omissão. Responsabilidade. Legitimidade ativa e passiva. Bens móveis e imóveis. Levantamento da indisponibilidade. –

1. Particulares. Dano material e moral. Ministério Público. Legitimidade ativa. O pedido de condenação dos réus no pagamento de indenização por dano material e moral eventualmente suportado pelos proprietários de imóveis localizados nas cercanias do Sítio Maria Madalena envolve direito individual heterogêneo e disponível que deve ser deduzido em ação própria

Acesso ao Sumário

pelos legitimados. Inteligência dos art. 127, 'caput' e 129, III da CF e art. 1º, 'caput' da LF nº 8.625/93. Jurisprudência. A ilegitimidade ativa do Ministério Público, para o pedido, foi corretamente reconhecida na origem. –

2. Legitimidade passiva. O Sítio Maria Madalena é composto pelos imóveis atualmente registrados sob as matrículas nº 774, 1.655, 2.993, 3.217 e 3.218 do Registro de Imóveis de Vinhedo; e, embora a escritura pública de venda e compra tenha sido registrada nas matrículas apenas após os eventos danosos, desde 2006 o imóvel rural pertence exclusivamente a Elso Aparecido Previtali e Hilda Fernanda Von Zuben Previtali. Inexiste alegação ou evidência de que os alienantes contribuíram pessoalmente, direta ou indiretamente, para a ocorrência do dano ambiental, ao que se acrescenta a ausência de condições para intervir no imóvel, ante a natureza 'propter rem' das obrigações de fazer e não fazer. A ilegitimidade passiva foi corretamente reconhecida; e pelas mesmas razões, Elso Aparecido Previtali e Hilda Fernanda Von Zuben Previtali, únicos possuidores do imóvel à época dos fatos, e a sociedade empresária Elso Aparecido Previtale e outros, pessoa jurídica que no local explora atividade rural, são partes legítimas para figurar no polo passivo da lide. –

3. Ex-proprietários. Bens móveis e imóveis indisponíveis. Liberação. Assentada a ilegitimidade passiva de Carlos Alberto Previtali, Maria Rita Contini Previtali, Alci Roberto Previtali e Márcia Bottura Previtali, inexistem razões para a manutenção da indisponibilidade que recai sobre seus bens, cujo levantamento fica permitido. A decisão é estendida aos demais réus, ante a desnecessidade da constrição e maior facilidade para cumprimento da decisão. –

4. Dano ambiental. Responsabilidade. Recomposição. O rompimento das duas barragens é inequívoco e os danos ao meio ambiente estão suficientemente demonstrados nos autos. Embora seja possível que a precipitação com alto grau de excepcionalidade tenha contribuído para o evento danoso, inexistia outorga

Acesso ao Sumário

do DAEE para reforma e construção das barragens, não havendo prova de que atendessem aos critérios de dimensionamento exigidos pelo órgão competente nem aos parâmetros de risco e segurança. –

5. Município. Responsabilidade. Omissão. Admite-se a responsabilidade subsidiária (não solidária) do município pela omissão na fiscalização quando as intervenções irregulares são aparentes e visíveis, a obrigar a imediata atuação; ou quando verificada a inércia da administração após tomar ciência das atividades degradadoras. O imóvel está inserido em área de especial proteção, cabendo ao município fiscalizar inclusive se as intervenções foram realizadas em conformidade com as autorizações emitidas. O município poderá ser chamado a auxiliar o juízo no cumprimento caso demonstrada a impossibilidade imediata do corréu em o fazer, podendo regredir depois contra o causador do dano. –

6. Dano moral coletivo. Indenização. A indenização do dano moral coletivo é compatível com a reparação do interesse difuso ambiental, segundo a jurisprudência mais recente; mas não existe 'in re ipsa' e exige a prova da conduta e do dano grave, anormal, que possa justificar o pagamento. Não há prova do dano moral coletivo que decorra do rompimento das barragens; não estão presentes os traços graves delineados nos precedentes e a recomposição que decorre da sentença terá efeito pedagógico amplo e servirá de exemplo e desincentivo aos eventuais outros ocupantes de glebas da região. –

7. Dano ambiental intercorrente. Indenização. A indenização pelo dano ambiental intercorrente ou intermédio é a compensação relativa ao lapso de tempo que a própria natureza necessita para recompor integralmente o equilíbrio ecológico afetado pelo dano ambiental, gerando à coletividade a compensação pelo período compreendido entre a ocorrência do dano e a integral reposição da situação intercorrente; justifica-se em situações nas quais o dano à fauna e/ou à flora gera consequências palpáveis aos ciclos vitais dos recursos naturais. É indenização que onera a conduta

Acesso ao Sumário

comissiva, negligente ou dolosa, que causa significativo dano ambiental de difícil reparação; mas essa não é a hipótese dos autos. Parcial procedência. Recursos de Carlos Alberto Previtali, Maria Rita Contini Previtali, Alci Roberto Previtali e Márcia Bottura Previtali providos para liberar os bens da indisponibilidade antes decretada. Recurso do Ministério Público e do município provido em parte. Recurso de Elso Aparecido Previtali e Hilda Fernanda Von Zuben Previtali provido em parte para, igualmente, liberar seus bens e da empresa da indisponibilidade decretada.

VOTO

1. A sentença de fls. 1686/1702, declarada a fls. 1765/1766, manteve a liminar de fls. 471/473 até o trânsito em julgado e (a) extinguiu o processo sem julgamento do mérito em relação aos pedidos de indenizações por dano material e moral aos particulares, nos termos dos art. 330, II e 486, VI, por ilegitimidade ativa do Ministério Público; (b) julgou improcedente a ação em relação aos corréus Alci Roberto Previtali, Márcia Bottura Previtali, Carlos Alberto Previtali, Maria Rita Contini Previtali e sociedade empresária Elso Aparecido Previtale e Outros; e (c) julgou parcialmente procedente a ação em relação a Elso Aparecido Previtali, Hilda Fernanda Von Zuben Previtali e Prefeitura Municipal de Louveira para condená-los solidária e subsidiariamente na (c.1) regularização dos barramentos ou desativação, atendendo as diretrizes legais, com início no prazo de trinta dias contados do trânsito em julgado, sob pena de multa cominatória de R$ 100.000,00; (c.2) realização dos atos necessários à reparação dos danos ambientais causados pelo rompimento ou pagamento de indenização pelos danos ambientais irreparáveis, em valor a ser apurado em liquidação; e (c.3) especificamente quanto ao município, fiscalização do ambiente, atendendo ao compromisso celebrado com o CBH-PCJ - Comitê das Bacias Hidrográficas dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí e nos moldes previstos em lei municipal, com início no prazo de trinta dias contados do trânsito em julgado, sob pena de multa cominatória a ser fixada no cumprimento de sentença. Não houve condenação no pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, a teor do art. 18 da LF nº 7.347/85.

Apela o município (fls. 1731/1744); diz que os corréus jamais lhe solicitaram autorização e/ou licença para a construção das barragens; a fiscalização da outorga/concessão para a construção e exploração dos recursos hídricos é de competência do DAAE; incumbia ao Estado de São Paulo a fiscalização preventiva das represas; exerceu seu poder- dever de fiscalização, diligenciando ao local onde ocorrera a degradação e levando ao conhecimento do Ministério Públi-

Acesso ao Sumário

co tudo que apurado; não se omitiu e atuou para defender o meio ambiente local; no dia do rompimento das barragens houve excesso de chuvas e ventos; pedido de indenização decorrente de acidentes ou fatalidades causadas por fenômenos da natureza podem ser enquadrados como caso fortuito ou de força maior; não agiu dolosa ou culposamente; não há comprovação de negligência, imprudência ou imperícia; não pode ser responsabilizado subsidiariamente em relação aos demais demandados. Cita jurisprudência. Pede o provimento do recurso.

Apelam Elso Aparecido Previtali e Hilda Fernanda Von Zuben Previtali (fls. 1773/1793); preliminarmente, pedem a concessão da justiça gratuita. No mérito, dizem que a sentença ignorou as circunstâncias fáticas e fenomênicas que moldaram o ocorrido em 7-3-2016; a responsabilidade é subjetiva e exige demonstração do nexo causal; não há prova do nexo de causalidade entre o rompimento dos taludes e os danos apontados pelo Ministério Público; a "inundação" que ensejou o ajuizamento não teve como causa o extravasamento de água dos tanques d'água então existentes no imóvel; em 7-3-2016 as chuvas foram torrenciais no município e causaram desbarrancamento dentro da área contida pelo talude, que se rompeu parcialmente com extravasamento do conteúdo para o curso d'água; o curso d'água já estava cheio, espraiado e invadindo propriedades às suas margens antes do colapso do talude; a enxurrada mencionada na sentença foi provocada pelas chuvas intensas; o escorregamento pela força da precipitação extrema redundou no arrasto de terra e vegetação para dentro das águas do tanque contidas pelo talude, que rompeu; os danos materiais e ambientais foram causados pelas precipitações havidas em volumes elevados; o córrego cheio impediu que as águas do rompimento seguissem seu curso natural formando uma onda. A sentença desconsiderou depoimentos capazes de infirmar a condenação. Os taludes não mais existem e não pretendem restaurá-los. Não houve o propalado depósito de entulho em área de preservação permanente após o rompimento dos taludes. Juntam documentos (fls. 1794/1802, 1803/1816). Pedem o provimento do recurso.

Apelam Carlos Alberto Previtali e Maria Rita Contini Previtali (fls. 1861/1866) e Alci Roberto Previtali e Márcia Bottura Previtali (fls. 1867/1872); preliminarmente, pedem a concessão da justiça gratuita. No mérito, dizem que a sentença lhes foi favorável, mas seus bens permanecem constritos; é caso de liberá-los. Pedem o provimento do recurso.

Apela o Ministério Público (fls. 1876/1897); diz que possui legitimidade ativa para postular, em prol dos proprietários atingidos pelo rompimento das barragens, indenização por dano moral e material; os direitos dos particulares atingidos podem ser caracterizados como individuais homogêneos, na forma do art. 81, III do CDC; desde haja interesse social relevante, tem legitimidade para a tutela de interesses individuais homogêneos, ainda que sejam disponíveis; o pedido evita a multiplicidade de ajuizamentos e atos processuais; foram iden-

Acesso ao Sumário

tificados quatorze imóveis atingidos pelas águas oriundas do rompimento das barragens, tendo sido indicados os proprietários, os danos ambientais e patrimoniais sofridos; cita doutrina e jurisprudência. Os réus possuem legitimidade para figurar no polo passivo da ação; Carlos Alberto Previtali, Maria Rita Contini Previtali e Alci Roberto Previtali e Márcia Bottura Previtali eram proprietários do imóvel quando do rompimento das barragens; a venda das partes que lhes cabiam ocorreu após o evento danoso; embora a escritura pública de compra e venda tenha sido lavrada em 17-1-2011, a transferência da propriedade somente ocorreu com o registro do título translativo, em 2-8-2017, conforme art. 1.245, § 1º do CC; os réus eram coproprietários da área quando construídas as barragens sem as autorizações legais e dela tiraram proveito econômico, causando dano ambiental e contribuindo para a ocorrência do acidente. A legitimidade passiva da empresa Elso Previtale e Outros se justifica porque as barragens eram utilizadas no desempenho da atividade econômica rural. O dano moral coletivo decorre da mera ocorrência do fato; os danos causados pelo rompimento das barragens extrapolaram o mero interesse individual dos proprietários dos imóveis lindeiros, lesionando direitos transindividuais e causando grande repercussão social. O pedido de lucros cessantes ambientais fundamenta-se no tempo decorrido entre a ocorrência do dano ambiental e a recuperação/compensação ambienta. Pede o provimento do recurso.

Recursos tempestivos; isento de preparo os apelos do município e Ministério Público; preparados os recursos de Alci Roberto Previtali e Márcia Bottura Previtali e de Carlos Alberto Previtali e Maria Rita Contini Previtali (fls. 1873/1874, 1978/1980); e diferido para o final o recolhimento do preparo do recurso de Elso Aparecido Previtali e Hilda Fernanda Von Zuben Previtali (agravo interno). Contrarrazões a fls. 1906/1918, 1922/1930, 1931/1936 e 1968/1972. A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso do Ministério Público e desprovimento dos demais apelos (fls. 1939/1962).

É o relatório.

2. O MINISTÉRIO PÚBLICO ajuizou ação civil pública em face de ELSO APARECIDO PREVITALI, HILDA FERNANDA VON ZUBEN PREVITALI, ALCI ROBERTO PREVITALI, MÁRCIA BOTTURA PREVITALI, CARLOS ALBERTO PREVITALI, MARIA RITA CONTINI PREVITALI, da sociedade empresária ELSO APARECIDO PREVITALE E OUTROS e da PREFEITURA MUNICIPAL DE LOUVEIRA tendo por objeto os danos ambientais e urbanísticos decorrentes do rompimento de duas barragens situadas no Sítio Maria Madalena, localizado na Estrada Fazenda Monte Alegre, nº 5.316, bairro Conceição do Barreiro, no município de Louveira. Conforme reportado por proprietários lindeiros e apurado por agentes da Prefeitura Municipal que vistoriaram a área, os rompimentos ocorreram em 7 e 9-3-2016, no contexto de chuvas intensas, e as águas que percorreram aproximadamente 2,5 km provocaram danos

Acesso ao Sumário

ambientais (especialmente derrubada de árvores e danos às áreas de preservação permanente e qualidade da água do Córrego Água do Barreiro), materiais (derrubada de muros, inundação de casas e áreas de recreação lindeiras, destruição de estruturas públicas e privadas, interdição de estradas) e morais coletivos e individuais (fls. 248, 250/255, 261/284, 287/301, 342/357, 360/401). Em 18-3-2018 a Secretaria de Gestão Ambiental da Prefeitura Municipal de Louveira noticiou que após o rompimento da barragem o proprietário do imóvel passou a depositar entulho na APP, agravando o impacto ambiental (fls. 311/317).

3. Particulares. Dano material e moral. Ministério Público. Legitimidade ativa. O autor pede a condenação dos réus no pagamento de indenização pelo dano material e moral sofrido pelos particulares indicados na inicial, que a seus modos teriam sido afetados pelo rompimento das barragens (fls. 68/69, 74, item 5). O 'caput' do art. 127 da CF atribui ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; e o inciso III do art. 129 estabelece como uma de suas funções institucionais a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. No mesmo sentido é o 'caput' do art. 1º da LF nº 8.625/93, que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

Ainda que se admita que os danos suportados pelos proprietários de quatorze imóveis localizados nas cercanias do Sítio Maria Madalena (fls. 13/45, 364/401) decorrem de um único fato gerador – o rompimento de duas barragens nele situados –, o pedido cuida de direito individual heterogêneo e disponível que deve ser deduzido em ação própria pelos legitimados. As circunstâncias fáticas próprias a cada imóvel devem ser delineadas em ações individuais de reparação de danos por meio das quais os legitimados deverão demonstrar a presença dos elementos ensejadores da responsabilização civil (culpa ou dolo, ato ilícito, dano e nexo causal) e comprovar os danos por eles suportados. Entendimento em outro sentido implicaria indesejável reunião de inúmeras ações com características particulares nesta única ação civil pública, a dificultar ou até mesmo obstar o exame específico e individualizado de cada uma delas e a adequada prestação jurisdicional em prejuízo das partes. Trata-se de hipótese em que, contrariamente ao aventado pelo órgão ministerial, não é apenas recomendada, como necessária a multiplicidade de ajuizamentos e atos processuais. É nesse sentido a jurisprudência deste tribunal:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Ação ajuizada pelo Ministério Público visando à condenação do Prefeito Municipal de Monte Mor por danos morais individuais e coletivos, bem como na obrigação de impor ao Município que sejam implementadas políticas públicas para o atendimento de pessoas em situação de rua. **Ilegitimidade ativa quanto à indenização por dano moral individual mantida. Fatos trazidos pelo Autor que envolvem direito individual disponível e divisível, no tocante às pessoas em**

Acesso ao Sumário

condição de rua, de modo que somente caberia a estas promover ação indenizatória. Legitimidade passiva do agente público de responder diretamente pelo dano moral coletivo reconhecida. Todavia, há ausência de comprovação de efetivo dano à coletividade, não providenciada pela demandante. Pretensão para que a Municipalidade implemente políticas públicas para o atendimento de pessoas em situação de rua. Inviabilidade. Elementos dos autos aponta para a realização de serviços voltados para o acolhimento de pessoas em situação de rua. Observância, no mais, ao princípio da separação de poderes. Precedentes jurisprudenciais. R. sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido (Ministério Público v. Edvaldo Antônio Brischi e Prefeitura Municipal de Monte Mor, AC nº 1002393- 94.2021.8.26.0372, 9ª Câmara de Direito Público, 9-3-2023, Rel. Carlos Pachi, deram parcial provimento, v.u.). (destaquei)

RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. OMISSÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. CONSTRUÇÃO DE CANCELA PARA IDENTIFICAÇÃO DOS VISITANTES. LEI MUNICIPAL. 1. Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com base no Inquérito Civil n.º 14.0316.0001766/2012-7, visando a apuração de irregularidades no condomínio mantido pela Associação dos Proprietários do Residencial Jacarandá no Município de Adolfo. **2.** (...) **3. Ilegitimidade ativa do Ministério Público no tocante ao pedido de "vedação da exigência do dever de associação, bem como a proibição de cobrança de taxas associativas": não cabe ao Ministério Público a proteção a direitos individuais homogêneos de natureza disponível. Inteligência do art. 129, inciso III da Constituição Federal. 4**. (...) Sentença mantida. Recursos de apelação do Ministério Público e da Municipalidade desprovidos (Ministério Público v. Associação dos Proprietários do Residencial Jacarandá e Prefeitura Municipal de Adolfo, AC nº 0000074-87.2015.8.26.0306, 5ª Câmara de Direito Público, 25-7-2018, Rel. Nogueira Diefenthäler, negaram provimento ao recurso, v.u.). (destaquei)

O Ministério Público é parte ilegítima para formular o pedido de condenação dos réus na reparação do dano material e moral eventualmente suportado pelos particulares indicados nos autos.

4. Ex-proprietários. Legitimidade passiva. A LF nº 6.938/81 de 31-8-1981 define 'poluição' (art. 3º, III) como a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente afetem desfavoravelmente a biota e 'poluidor' (inciso IV) a pessoa física ou jurídica responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de poluição ambiental; e institui no art. 14, § 1º a obrigação, independentemente da existência de culpa, de reparar os danos causados ao meio ambiente. Resta verificar se Carlos Alberto Previtali, Maria Rita Contini Previtali, Alci Roberto Previtali, Márcia Bottura Previtali e a sociedade empresária Elso Aparecido Previtale e Outros se amoldam à definição

Acesso ao Sumário

de 'poluidor' estabelecida pelo inciso IV do art. 3º da LF nº 6.938/81.

O Sítio Maria Madalena é composto pelos imóveis anteriormente registrados sob as matrículas nº 59.330 (Sítio Monte Verde), 73.863 (Sítio Santa Madalena) e 74.007 (Sítio Mauro) do 1º Cartório de Registro de Imóveis de Jundiaí (fls. 4/5, 448/463), atualmente matrículas nº 774, 1.655, 2.993, 3.217 e 3.218 do Serviço de Registro de Imóveis de Vinhedo (fls. 1119/1150, 1282/1295, 1296/1303, 1304/1307). Os imóveis foram objeto do Instrumento Particular de Reconhecimento de Propriedade em Comum de Bens Móveis e Imóveis com Divisão Amigável e Outras Avenças firmado em 1-9-2006 pelos três casais da família Previtali, extinguindo-se o condomínio até então havido e estabelecendo-se que os sítios passariam a pertencer exclusivamente a Elso Aparecido Previtali e Hilda Fernanda Von Zuben Previtali, conforme por eles próprios admitido na contestação (fls. 603/618, especialmente fls. 605/606, 611, item 3, e 1034/1035). Além disso, em 17-1-2011 Carlos Alberto Previtali, Maria Rita Contini Previtali, Alci Roberto Previtali e Márcia Bottura Previtali formalizaram por meio de escritura pública a alienação a Elso Aparecido Previtali e Hilda Fernanda Von Zuben Previtali das frações que lhes pertenciam (fls. 1301/1302, 1307, 1500/1513).

Não se ignora que o contrato de venda e compra obriga apenas aos contratantes (CC, art. 481), nem que os títulos translativos foram registrados no Registro de Imóveis apenas em 2-8-2017, a indicar que até esse momento os alienantes figuravam formalmente como proprietários de suas respectivas frações (CC, art. 1.245, 'caput' e § 1º); no entanto, tais elementos evidenciam que desde muito antes do evento danoso a posse de fração do Sítio não mais lhes pertencia. Considerando-se que (a) à época do rompimento das barragens não mais eram possuidores dos imóveis em que situadas, (b) inexiste alegação ou evidências de que contribuíram pessoalmente, direta ou indiretamente, para a perpetração de dano ambiental e (c) sequer reúnem condições de intervir no imóvel, ante a natureza 'propter rem' das obrigações de fazer e não fazer pedidas pelo autor, não se entrevê legitimidade dos ex-proprietários para figurarem no polo passivo da ação. Assim, era mesmo hipótese de extinção da ação sem julgamento do mérito, nos termos do art. 485, VI do CPC, em relação a eles.

Acesso ao Sumário

Pelas mesmas razões, Elso Aparecido Previtali e Hilda Fernanda Von Zuben Previtali, únicos possuidores do imóvel à época dos fatos, e a sociedade empresária Elso Aparecido Previtale e Outros, pessoa jurídica que se beneficiava do sistema de captação de água para o desenvolvimento de fruticultura e sequer se manifestou nos autos (fls. 249, 1493/1494, item 4), são partes legítimas para figurar no polo passivo da lide.

5. Ex-proprietários. Bens móveis e imóveis indisponíveis. Liberação. Assentada a ilegitimidade de Carlos Alberto Previtali, Maria Rita Contini Previtali, Alci Roberto Previtali e Márcia Bottura Previtali para figurarem no polo pas-

sivo da lide, e extinto o processo sem julgamento do mérito em relação a eles, inexistem razões para a permanência da indisponibilidade que recai sobre seus bens. Estendo a revogação da indisponibilidade de bens aos demais réus, ante a desnecessidade da restrição e para mais fácil cumprimento da decisão.

6. Elso Aparecido Previtali e Hilda Fernanda Von Zuben Previtali. Dano ambiental. Responsabilidade. Os corréus noticiam nos autos que nos anos de 1990 adquiriram os imóveis que compõem o Sítio Maria Madalena para desenvolvimento de atividade de fruticultura, realizando por meio da CODASP - Companhia de Desenvolvimento Agrícola de São Paulo operação de destoca de eucaliptos e implantação de talude de passagem para acesso ao interior dos imóveis, formando cacimbas que armazenavam águas (fls. 1035); também reportaram a adequação da barragem então existente e a construção de uma segunda, para captação de água e irrigação rural (fls. 1171/1172).

O rompimento dessas duas barragens em março de 2016 é inequívoco e o dano ao meio ambiente por ele causado estão delineados nos Relatórios de Inspeção de 16 e 17-3-2016 da Secretaria de Gestão Ambiental da Prefeitura Municipal de Louveira (fls. 248, 250/255, 311/317), no Laudo de Vistoria de 14-6-2016 (fls. 360/401) e no Boletim de Ocorrência da Polícia Militar Ambiental de Jundiaí e Região, lavrado em 11-4-2016 (fls. 326/329). Isso porque, nos termos do art. 1º da Resolução CONAMA nº 1/86, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam a biota (inciso III, as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente (inciso IV) e a qualidade dos recursos ambientais (inciso V). Acresce que a construção das barragens e utilização dos recursos hídricos independentemente de licenciamento ambiental e sem a necessária outorga é corroborada pelo DAEE - Departamento de Águas e Energia Elétrica, que em 14-4-2016 inspecionou o local e autuou os proprietários (fls. 468/470); e a conduta violou os art. 2º da Resolução CONAMA nº 1/86, art. 2º da Resolução CONAMA n 237/97 e art. 2º e 3º da Portaria DAEE nº 2.292/06.

Embora os corréus aleguem que o rompimento das barragens ocorreu por conta das fortes chuvas e que o volume das águas pluviais foi o verdadeiro responsável pelos danos observados – os elementos dos autos de fato indicam que no local houve precipitação com alto grau de excepcionalidade, inclusive nos dias anteriores ao rompimento das barragens (fls. 619/676, 1049/1111, 1186/1249) –, é certo que inexistia outorga do órgão competente para reforma ou construção das barragens, nem estudo técnico hidrológico, não sendo possível afirmar que o rompimento ocorreria mesmo se os barramentos estivessem outorgados e adequados ao dimensionamento exigido pelo DAEE (fls. 1522/1552, especialmente fls. 1536/1537). Em suma, sem ignorar o parecer técnico produ-

Acesso ao Sumário

zido pelos corréus (fls. 619/676, 1049/1111, 1186/1249), inexiste prova de que as barragens eram seguras, atendiam às classificações de risco e dano potencial e passavam por regular manutenção, mas colapsaram por conta dos excepcionais índices pluviométricos havidos em 7-3-2016 e nos dias que o antecederam. No mais, os pareceres técnicos do CAEx do Ministério Público consignam que "os danos ambientais e patrimoniais foram fortemente influenciados pela onda de cheia causada pela ruptura das barragens", isto é, os danos foram potencializados pela violenta enxurrada que se formou e percorreu o Córrego Água do Barreiro, com sentido à jusante, após os rompimentos dos barramentos e a súbita liberação da água neles represada (fls. 1552, 1597).

Assim, por tais razões, e pelas demais delineadas na sentença, que considerou as circunstâncias fáticas e fenomênicas alegadas pelos corréus, é possível concluir pelo nexo entre as irregularidades envolvendo as barragens do Sítio Maria Madalena e os danos causados pelos rompimentos; por isso, Elso Aparecido Previtali, Hilda Fernanda Von Zuben Previtali e a sociedade empresária Elso Aparecido Previtale e Outros respondem pelos danos ambientais indicados nos autos e devem repará-los, caso já não o tenham sido pelo decurso do tempo.

7. Município. Responsabilidade. As Câmaras Ambientais têm admitido a responsabilidade subsidiária (não solidária) do município, por omissão, quando as intervenções irregulares são aparentes e visíveis, a obrigar a imediata fiscalização, ou quando verificada inércia da administração após a ciência da atividade degradadora. A atividade degradadora teve lugar em imóvel particular, em área de especial proteção (APP e APM) cuja fiscalização é de competência do Estado (nota-se que a outorga para construção e exploração dos recursos hídricos é de competência do DAAE e que a Polícia Militar Ambiental autuou os proprietários por impedirem e dificultarem a regeneração natural de 0,12 ha de vegetação nativa pioneira em APP por meio da construção e reforma de duas barragens sem licença do órgão ambiental competente, fls. 326/329, 1251/1254), mas primordialmente do município, especialmente se considerada sua obrigação de fiscalizar o sistema que compreende o Rio Capivari, nos termos dos art. 23, 'caput', VI e VII, 170 e 225, IV da CF, art. 10 da LM nº 2.331/13 e art. 1º e 23 da da LM nº 2.456/15.

Assim, compete ao Poder Público municipal auxiliar o Poder Judiciário no cumprimento de suas decisões e na afirmação da lei, de modo que, por esse dever de colaboração, o município poderá ser chamado a auxiliar o juízo no cumprimento da sentença, caso demonstrada a impossibilidade imediata dos corréus em o fazer; nesse caso, poderá regredir depois contra os causadores do dano. É entendimento que se amolda à Súmula STJ nº 652 ("A responsabilidade civil da Administração Pública por danos ao meio ambiente, decorrente de sua omissão no dever de fiscalização, é de caráter solidário, mas de execução subsidiária").

8. Dano moral coletivo. Indenização. O pedido de condenação dos réus no pagamento de indenização por dano moral coletivo não comporta acolhimento. A hipótese não cuida de dano moral 'in re ipsa' e os danos ambientais causados, notadamente às áreas de preservação permanente do Córrego Água do Barreiro, não desbordaram do que usualmente se observa em casos análogos. Embora a jurisprudência mais recente tenha passado a admitir a indenização do dano difuso, não patrimonial, em matéria ambiental, é necessária a demonstração do fato grave, anormal, que gere o pagamento: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul v. Eletrojan - Iluminação e eletricidade Ltda., REsp nº 821.891- RS, 1ª Turma, 8-4-2008, Rel. Min. Luiz Fux. O mesmo entendimento foi partilhado por esta Câmara Ambiental em Ministério Público v. Nikolas Laureano Fetter, AC nº 0009681-04.2010, 30-6-2011, Rel. Ruy Cavalheiro.

As áreas degradadas do Sítio Maria Madalena e do Córrego Água do Barreiro merecem atenção dos corréus, recompõem-se paulatinamente desde a ocorrência dos eventos danosos e inexiste demonstração de que, passados quase oito anos desde o rompimento das barragens, as áreas atingidas não estejam recompostas.

9. O Superior Tribunal de Justiça também assentou, em caso que cuidou do desmatamento de vegetação nativa (cerrado) sem licença ambiental, que não se deve confundir a prioridade da recomposição 'in natura' com a impossibilidade de cumulação simultânea dos deveres de repristinação natural e compensação ambiental (obrigação de fazer), indenização em dinheiro (obrigação de dar) e abstenção de uso e de nova lesão (obrigação de não fazer); assim, nas demandas ambientais, por força dos princípios do poluidor-pagador e da reparação 'in integrum', admite-se a condenação do réu, simultânea e agregadamente, em obrigação de fazer, não fazer e indenizar. Diz o acórdão:

> A interpretação sistemática das normas e princípios ambientais não agasalha a restrição imposta no acórdão recorrido [que negara a possibilidade de cumular a reparação específica com a indenização pecuniária]. Se o bem ambiental lesado for imediata e completamente restaurado ao *status quo ante* (*reductio ad pristinum statum*, isto é, restabelecimento à condição original), não há falar, como regra, em indenização. Contudo, a possibilidade técnica, no futuro (= prestação jurisdicional prospectiva), de restauração *in natura* nem sempre se mostra suficiente para reverter ou recompor integralmente, no terreno da responsabilidade civil, as várias dimensões do dano ambiental causado; por isso não exaure os deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*.
>
> Não custa lembrar que o dano ambiental é multifacetário (ética, temporal, ecológica e patrimonialmente falando, sensível ainda à diversidade do vasto universo de vítimas, que vão do indivíduo isolado à coletividade, às gerações futuras e aos próprios processos ecológicos em si mesmos considerados). Em suma, equivoca-se, jurídica e metodologicamente, quem confunde *prioridade* da recuperação *in natura* do bem degradado com impossibilidade *de cumulação simultânea* dos deveres de repristina-

Acesso ao Sumário

ção natural (obrigação de fazer), compensação ambiental e indenização em dinheiro (obrigação de dar), e abstenção de uso e nova lesão (obrigação de não fazer).

A recusa de aplicação ou aplicação parcial dos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum* arrisca projetar, moral e socialmente, a nociva impressão de que o ilícito ambiental compensa, daí a resposta administrativa e judicial não passar de aceitável e A responsabilidade civil ambiental deve ser compreendida da forma mais ampla possível, de modo que a condenação a recuperar a área prejudicada não exclua o dever de indenizar – juízos retrospectivo e prospectivo.

A cumulação de obrigação de fazer, não fazer e pagar não configura *bis in idem*, porquanto a indenização, em vez de considerar lesão específica já ecologicamente restaurada ou a ser restaurada, põe o foco em parcela do dano que, embora causada pelo mesmo comportamento pretérito do agente, apresenta efeitos deletérios de cunho futuro, irreparável ou intangível.

Essa degradação transitória, remanescente ou *reflexa* do meio ambiente inclui: a) o prejuízo ecológico que medeia, temporalmente, o instante da ação ou omissão danosa e o pleno restabelecimento ou recomposição da biota, vale dizer, o hiato passadiço de deterioração, total ou parcial, na fruição do bem de uso comum do povo (= *dano interino* ou *intermediário*), algo frequente na hipótese, p. ex., em que o comando judicial, restritivamente, se satisfaz com a exclusiva regeneração natural e a perder de vista da flora ilegalmente suprimida, b) a ruína ambiental que subsista ou perdure, não obstante todos os esforços de restauração (= *dano residual* ou *permanente*), e c) o dano moral coletivo.

Também deve ser reembolsado ao patrimônio público e à coletividade o *proveito econômico* do agente com a atividade ou empreendimento degradador, a *mais-valia ecológica ilícita* que auferiu (p. ex., madeira ou minério retirados irregularmente da área degradada ou benefício com seu uso espúrio para fim agrossilvopastoril, turístico, comercial) (Ministério Público de Minas Gerais v. Pedro Paulo Pereira, STJ, 2ª Turma, 14-8-2012, Rel. Herman Benjamin)

O acórdão não nega a possibilidade de cumular a recomposição e a indenização. A sentença condenou os réus na indenização dos danos ambientais irreparáveis, caso haja, adotando o entendimento desta Câmara Ambiental de que a recomposição restaura suficientemente o ambiente e a ordem ambiental ofendida; o dano moral coletivo, ainda que se o admita, depende de demonstração aqui inexistente. Não vejo presentes os traços graves delineados no precedente citado; ao contrário, a recomposição que decorre da sentença terá efeito pedagógico amplo e servirá de exemplo e desincentivo aos eventuais outros ocupantes de glebas na região.

10. Dano ambiental interino (intercorrente). Indenização. A Câmara tem considerado que o direito ambiental visa em primeiro lugar à recomposição; sendo esta possível, não há razões para condenar os corréus em medidas secundárias, como a compensação ou a indenização. O Ministério Público pede o pagamento de indenização pelo "dano ambiental intercorrente", que seria a

Acesso ao Sumário

compensação relativa ao lapso de tempo em que a própria natureza necessita para recompor integralmente o equilíbrio ecológico afetado pelo dano ambiental, gerando à coletividade um direito subjetivo de ser compensada pelo período compreendido entre a ocorrência do dano e a integral reposição da situação intercorrente (fls. 64).

Tenho afirmado que a indenização do dano intercorrente não é uma decorrência automática e inelutável da ação nem alcança necessariamente todos os réus; exige uma conduta que desborde do razoável e uma vinculação mais clara dela com o resultado. Nem todo dano implica na indenização; é preciso analisar as peculiaridades do caso concreto, da conduta dos réus e do dano em si. Neste caso não se entrevê conduta com grave reflexo ambiental e não há demonstração de que o dano seja de difícil restauração, a justificar a excepcional condenação.

O voto é pelo **parcial provimento do recurso do Ministério Público** para estender a condenação à sociedade empresária Elso Aparecido Previtale e Outros; **pelo provimento parcial do recurso de Elso Aparecido Previtali e Hilda Fernanda Von Zuben Previtali** para revogar a indisponibilidade de seus bens, estendida à empresa indicada; **pelo parcial provimento do recurso do município** para afastar a condenação solidária, mantida a responsabilidade subsidiária quanto ao cumprimento das obrigações; **e pelo provimento dos recursos de Carlos Alberto Previtali, Maria Rita Contini Previtali, Alci Roberto Previtali e Márcia Bottura Previtali** para permitir o levantamento da indisponibilidade que recai sobre seus bens.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1004632-68.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ROSANGELA ELIAS DE JESUS, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Defensor Público, Fabrício Pereira Quintanilha da Silva.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.655)**

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 março de 2024.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. Dano moral. Morte em unidade prisional, decorrente da evolu-

ção do quadro de neoplasia maligna. Afastada a pretensão à reparação pecuniária, uma vez que a autora não se desincumbiu do ônus de demonstrar o nexo de causalidade entre o óbito de seu filho e o tratamento médico. Inteligência do artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil. Sentença de improcedência. Manutenção.
RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação proposta por *ROSANGELA ELIAS DE JESUS* em face do *ESTADO DE SÃO PAULO*, visando à compensação de lesão extrapatrimonial decorrente da morte de seu filho, fatalidade que atribui a suposta falha negligência no atendimento médico despendido pela unidade prisional.

A r. sentença de fls. 510-516, cujo relatório se adota, julgou improcedente o pedido e condenou a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 3.000,00.

Inconformada, apela a autora (fls. 518-528). Sustenta, em síntese, que: a) o Estado é responsável pela integridade física e psíquica dos presos; b) a responsabilidade da Administração é objetiva; c) a unidade prisional não possuía infraestrutura necessária para atender seu filho; d) Anderson foi encaminhado para o serviço de oncologia clínica com indicação de quimioterapia, mas ao ser transferido perdeu o seguimento oncológico; e) a ausência de tratamento imediato e constante, enquanto seu filho cumpria pena em regime fechado, agravou o quadro clínico de Anderson, reduzindo suas chances de sobrevivência; f) a ineficiência do Estado ao providenciar o tratamento configuraria o nexo de causalidade; e g) faz jus à reparação pleiteada.

O recurso, tempestivo e isento de preparo, foi processado, sobrevindo as contrarrazões (fls. 533-540).

A autora se opôs ao julgamento virtual (fl. 552).

É o breve relato.

I. Segundo a inicial, Anderson Elias da Cruz, filho da autora, foi transferido ao Centro de Progressão Penitenciária "Dr. Javert de Andrade" em 31.1.2012, com prescrição médica para tratamento de câncer. Ocorre que a unidade prisional não contava com a infraestrutura necessária para atender suas necessidades.

Alega que o tumor fora descoberto quatro meses antes da transferência de Anderson e que a liberação para o Hospital de Base de São José do Rio Preto apenas fora autorizada em 5.2.2012, tendo sido efetivamente internado no dia seguinte; em 17.2.2012 iniciou-se a quimioterapia e, em 28.2.2012, Anderson faleceu.

Apontando negligência do Estado para o início e continuidade do tra-

Acesso ao Sumário

tamento, a autora pleiteia compensação por danos morais, que estima em 200 salários mínimos.

Pois bem.

II. A recomposição de determinada lesão no plano jurídico exige, basicamente, a conduta omissiva ou comissiva do agente, o dano injusto experimentado pela vítima e o nexo de causalidade existente entre eles. No caso da responsabilidade objetiva "*tende a se bastar com o simples nexo de causalidade material, eliminada a perquirição de qualquer elemento psíquico ou volitivo*" (CAHALI, Yussef. *Responsabilidade Civil do Estado*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed. rev., atual. e ampl., 2007, p. 32).

Na hipótese, todavia, conquanto se compadeça da dor experimentada pela autora, é certo que o liame causal entre a suposta prestação deficiente de serviços médicos e a morte de seu filho não foi demonstrado, o que obsta o reconhecimento da obrigação reparatória.

O conjunto probatório indica que a enfermidade que acometia Anderson era grave, com prognóstico reservado, e evidencia a correção do tratamento adotado.

Consta do laudo pericial que, em outubro de 2011, Anderson foi diagnosticado com neoplasia de testículo, tumor "*cujo componente da neoplasia de carcinoma embrionário é de extrema malignidade e justifica o comportamento desfavorável de neoplasia*" (fl. 243). Quanto ao tratamento necessário e sua efetividade, a *expert* respondeu aos questionamentos formulados pelas partes:

> *"7) No estado de saúde em que se encontrava, fatalmente teria ocorrido o óbito? Havia prognóstico de cura?"* (fl. 217).
>
> ***Resposta: "sim, esse tipo de patologia tem prognóstico reservado*** (fl. 244).
>
> *"3. Tendo em vista o conhecimento técnico do Dr. Perito, quais são os tratamentos indicados para o diagnóstico verificado nestes autos?"* (fl. 223).
>
> ***Resposta: "cirurgia e quimioterapia paliativa"*** (fl.244).
>
> *"4. Qual o tratamento integral que o Dr. Perito indicaria a um paciente seu se apresentasse a mesma situação de saúde do Sr. Anderson Elias da Cruz, exposta nestes autos?"* (fl. 223).
>
> ***Resposta: "o periciando for tratado de acordo com a prática médica usual"*** (fl. 244).
>
> *"5. Tendo em vista a documentação médica acostada aos autos, é possível afirmar que houve tratamento ao diagnóstico de câncer? A partir de quando? Especificar."* (fl. 223).
>
> ***Resposta: "sim, outubro de 2011, quando o periciando foi submetido a cirurgia e posteriormente em fevereiro de 2012 a quimioterapia paliativa"*** (fl. 244).
>
> *"6. Tendo em vista o conhecimento técnico do Dr. Perito, quais são os aspectos mais importantes para a eficácia do tratamento de câncer?*

Acesso ao Sumário

Especificar." (fl. 223).

Resposta: "o periciando foi tratado de acordo com a prática usual, porém tratava-se de neoplasia com componente agressivo e prognóstico reservado" (fl. 244).

"7. Tendo em vista o conhecimento técnico do Dr. Perito, quais os fatores que podem prejudicar o adequado tratamento de câncer?" (fl. 224).

Resposta: "não houve prejuízo ao tratamento, a evolução desfavorável independe do tratamento e a patologia de base tinha prognóstico reservado" (fl. 245).

E concluiu:

"O periciando teve diagnóstico de neoplasia maligna de testículo diagnosticado em outubro de 2011, denominado de tumor não seminomatoso misto que compõe seminoma clássico, carcinoma embrionário e tumor de seio endodérmico, cujo componente da neoplasia de carcinoma embrionário é de extrema malignidade e justifica o comportamento desfavorável da neoplasia.

Não há nexo para má assistência prestada ao periciando.

A evolução desfavorável não tem nexo com o atendimento médico prestado para o periciando.

A evolução desfavorável não tem nexo com o atendimento médico prestado para o periciando" (fl. 243).

Destarte, não comprovado o nexo de causalidade entre a conduta dos prepostos do réu e o óbito do autor, inviável o reconhecimento do dever de indenizar. Como bem sintetizou a MM. Magistrada:

"Assim, depreende-se dos documentos acostados aos autos que a Anderson foi despendido todo o cuidado médico necessário na unidade prisional, de onde foi encaminhado ao pronto socorro, onde recebeu atendimento. Ou seja, todos os esforços foram feitos pelos agentes do Estado para buscar a melhora do seu quadro de saúde, de maneira que é possível concluir das provas produzidas nos autos que não restou demonstrado que tenha havido qualquer omissão ou negativa de atendimento médico ao filho da autora.

Dessa forma, verifica-se a ausência de qualquer indício de que a ré tenha descumprido seu dever de vigilância e proteção ou tenha, por omissão, contribuído para a ocorrência da morte do filho da requerente, sendo de rigor a improcedência do pedido" (fl. 512).

E, ao contrário do que almeja a autora, a imputação da responsabilidade ao réu não pode dar-se em simples presunção, apenas sob a perspectiva da parte sobre os fatos que culminaram com o evento danoso.

Seria imprescindível que se configurasse, de modo estreme de dúvidas, o nexo de causalidade; mas esse ônus, imposto pelo artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, a autora não cumpriu, não logrando demonstrar falha do serviço ou má conduta médica.

Curial, pois, a manutenção do *decisum*.

III. Por fim, desprovido o apelo, são devidos honorários sucumbenciais

Acesso ao Sumário

recursais, nos termos do artigo 85, §§ 1º e 11, do Código de Processo Civil. Nesse passo, atendidos os critérios estabelecidos no § 2º do referido dispositivo legal, majora-se a verba honorária para R$ 4.000,00, observada a condição suspensiva prevista no artigo 98, § 3º, da lei processual. Ressalta- se que, no caso concreto, é inaplicável a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.850.512/SP (Tema nº 1.076), tendo em vista os princípios *non reformatio in pejus* e *tantum devolutum quantum*[1].

IV. Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

Eventual insurgência apresentada em face deste acórdão estará sujeita a julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 549/2011 do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, ressaltando-se que as partes poderão, no momento da apresentação do recurso, opor-se à forma do julgamento ou manifestar interesse no preparo de memoriais. No silêncio, privilegiando-se o princípio da celeridade processual, prosseguir-se-á o julgamento virtual, na forma dos §§ 1º a 3º do artigo 1º da referida Resolução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000512-16.2017.8.26.0407, da Comarca de Osvaldo Cruz, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados CEMI - CONSULTORIA IMOBIARIA E EMPRESARIAL LTDA. (E OUTROS(AS)), ALINE SILVA BOSCO, CAROLINE SILVA BOSCO, APARECIDO FERNANDES BARBOSA (E OUTROS(AS)), CLAUDEMIR APARECIDO ALVES DE SOUZA, MARCOS ROGÉRIO ATELLI, LORENZO TAVARES FINOTTI (E OUTROS(AS)), LUIZ SÉRGIO MAZZONI FILHO, ROSELI APARECIDA ZONONI ANDREOTTI GIMENES, THALIA APARECIDA ROQUE, EDMILSON DA SILVA, DANIEL NARCISO PEREIRA, EDMAR CARLOS MAZUCATO, WANDERSON DOS SANTOS TRECENTE, JANAINA APARECIDA GREGI, AMBSTER DE MORAES ALVES (E OUTROS(AS)), ALEX MORAES FERREIRA, ANTENOR DE SOUZA MELLO FILHO, CLEBER RIBEIRO LOPES, RINALDO AUGUSTO DA SILVA, NADIA NATSUE SHIGUE, EDUARDO HENRIQUE GUERATO AFONSO, LILIANE RODRIGUES FLORES, MUNICÍPIO DE OSVALDO CRUZ, ALEX ROGERIO FERREIRA, ANDRE BRAMBILLA FIGUEIREDO, DENIS MARCIO FERREIRA BARATA, MICHEL CESAR CARNEIRO ROCHA, EDUARDO TSUYOSHI OGIHARA DE ALMEIDA, JORGE DA SILVA LIMA, ROSILENA APARECIDA GUERLANDO DA SILVA, ANA PAULA PEREIRA, TIAGO VILAS

1 Nesse sentido é a jurisprudência desta C. 11ª Câmara de Direito Público: apelação nº 1000349-26.2020.8.26.0053, rel. Des. Márcio Kammer de Lima, j. em 10.10.2023; apelação nº 1020474-86.2021.8.26.0309, rel. Des. Afonso Faro Jr., j. em 13.8.2022.

Acesso ao Sumário

BOAS DOS SANTOS SOUZA, IZABEL APARECIDA JUSTINO DA SILVA, SILENE CRISTINA RAMIRO FERREIRA DA/SILVA, LEANDRA MARIA ALVES CHAVES, JULIO CESAR SILVEIRA, ANA PAULA FRANCISCO DE MELO, JULIANO LUIS BATISTIOLI e JHULLY ANNE AGOSTINI SILVA.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 58.120)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), OSVALDO DE OLIVEIRA e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 20 de março de 2024.

SOUZA NERY, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE SERVIDORES PÚBLICOS PELA PREFEITURA DE OSVALDO CRUZ. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO E PREJUÍZO AO ERÁRIO. Ausência de comprovação de que houve a prática de atos que violaram os princípios administrativos ou ocasionaram prejuízo ao erário. Não comprovada a ocorrência de fraude na licitação que contratou a empresa que realizou o concurso, nem que houve direcionamento para contratação de pessoas pré-determinadas. Dolo inexistente. Aplicação das teses jurídicas consolidadas por ocasião do Tema nº 1.199 de repercussão geral do STF, bem como das alterações promovidas pela nova redação da LIA. Ação julgada improcedente no 1º grau. Sentença mantida.
RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra r. sentença que julgou improcedente a presente ação civil pública por ato de improbidade movida pelo *MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO* contra *EDMAR CARLOS MAZUCATO E OUTROS*.[1]

1 Fls. 7.244-7.272 - da lavra da MMª. Juíza de Direito Dra. LÍVIA MARIA MACAGNAN CICILIATI, da 2ª Vara da Comarca de Osvaldo Cruz, cujo relatório se adota, acrescida pela decisão de fls. 7.367-7.368, que rejeitou os embargos de declaração opostos por CEMI – CONSULTORIA EMPRESARIAL E IMOBILIÁRIA LTDA, CAROLINE SILVA BOSCO e ALINE SILVA BOSCO às fls. 7.275-7.276.

Acesso ao Sumário

Apela o *Parquet*, sustentando, em síntese, a irretroatividade da Lei 14230/2021 que alterou a LIA, notadamente no que tange ao regime sancionatório do art. 11. Afirma que o STF já se posicionou pela irretroatividade de referida norma, salvo para a questão do elemento subjetivo culpa (Tema 1199). No mérito, sustenta que restou comprovada a fraude alegada, a nulidade da licitação e dos concursos, bem como a configuração do ato ímprobo imputado aos réus. Requer a reforma do julgado.[2]

Os réus ofertaram suas contrarrazões.[3]

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso ministerial.[4]

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Na origem, o litígio diz respeito a suposto ato de improbidade administrativa praticado pelos réus *MUNICÍPIO DE OSVALDO CRUZ, EDMAR CARLOS MAZUCATO, CEMI – CONSULTORIA EMPRESARIAL E IMOBILIÁRIA LTDA., ALINE SILVA BOSCO, CAROLINE SILVA BOSCO, APARECIDO FERNANDES BARBOSA, CLAUDEMIR APARECIDO ALVES DE SOUZA, MARCOS ROGÉRIO ATELLI, LORENZO TAVARES FINOTTI, LUIZ SÉRGIO MAZZONI FILHO, ROSELI APARECIDA ZANONI ANDREOTTI GOMES, THALIA APARECIDA ROQUE, JANAÍNA APARECIDA GREGI,AMBSTER DE MORAES ALVES, ALEX MORAES FERREIRA, ALEX ROGÉRIO FERREIRA, ANDRÉ BRAMBILLA FIGUEIREDO, ANTENOR DE SOUZA MELLO FILHO, CLEBER RIBEIRO LOPES, EDMILSON DA SILVA, RINALDO AUGUSTO DA SILVA, DENIS MÁRCIO FERREIRA BARATA, MICHEL CÉSAR CARNEIRO ROCHA, NÁDIA NATSUE SHIGUE, EDUARDO T. OGIHARA DE ALMEIDA, DANIEL NARCISO PEREIRA, JORGE DA SILVA LIMA, ROSILENA APARECIDA GUERLANDO DA SILVA, ANA PAULA PEREIRA, TIAGO VILAS BOAS DOS SANTOS SOUZA, IZABEL APARECIDA JUSTINO DA SILVA, SILENE CRISTINA RAMIRO FERREIRA DA SILVA, LEANDRA MARIA ALVES CHAVES, EDUARDO HENRIQUE GUERATO AFONSO, JULIO CESAR SILVEIRA, ANA PAULA FRANCISCO DE MELO, JULIANO LUIS BASTITIOLI, LILIANE RODRIGUES FLORES, JHULLY ANNE AGOSTINI SILVA e WANDERSON DOS SANTOS TRECENTE* , por afronta a princípios da Administração e prejuízo ao erário, em relação ao processo licitatório nº 211/15, realizado na modalidade de Carta Convite nº 059/15, que culminou na contratação pela Prefeitura Municipal de Osvaldo Cruz da empresa *CEMI – CONSULTORIA EMPRESARIAL E IMOBILIÁRIA LTDA.* , para realização dos concursos públicos nº 001/2015 e 001/2016, de modo a supostamente possibilitar a contratação irregular de funcionários públicos, com favorecimento.

Acesso ao Sumário

2 Fls. 7.280-7.364.

3 Fls. 7.371-7.380, 7.381-7.385, 7.386-7.393, 7.394-7.404, 7.406-7.451, 7.452-7.460, 7.461-7.496 e7.504-7.518.

4 Fls. 7.537-7.544.

Narra a inicial que, por meio de denúncia anônima, foi relatado ao *Parquet*, que EDMAR CARLOS MAZUCATO, na qualidade de Prefeito Municipal de Osvaldo Cruz, com a participação direta de APARECIDO FERNANDES BARBOSA, CLAUDEMIR APARECIDO ALVES DE SOUZA e MARCOS ROGÉRIO ATELLI, integrantes da Comissão Permanente de Licitação por ele nomeados, e em conluio com os demais requeridos, praticou atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública, mormente o da moralidade, impessoalidade, isonomia, publicidade e o da legalidade, uma vez que, durante os exercícios de 2015 e 2016, frustraram a licitude de processo de licitação nº 211/15, realizado na modalidade de Carta Convite nº 059/15, para terem como certa a contratação da empresa CEMI – CONSULTORIA EMPRESARIAL E IMOBILIÁRIA LTDA., com a qual estavam previamente ajustados para frustrar, também, a licitude dos concursos públicos nº 001/2015 e 001/2016 para contratação de servidores que eram contratados como temporários/comissionados e efetivá-los nos cargos que já ocupavam.

A exordial ainda relata que foi instaurado inquérito civil para apuração dos fatos e requisitada toda a documentação original referente aos concursos em questão, todavia, a requisição não teria sido totalmente atendida, bem como que fora informado que as provas aplicadas e respectivos gabaritos foram incinerados, com violação ao princípio da transparência previsto no art. 25, § 1º, da LC 709/93, e ao art. 53, da instrução nº 2/2008, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TC- A-40.728/026/07), o que evidenciaria a fraude dos certames.

E, no que tange ao processo licitatório para a contratação da empresa responsável pela realização dos concursos públicos, a exordial alega que não foram convidadas três empresas do mesmo ramo de atividade pertinente ao objeto do certame, como exigido pelo § 3º, do art. 22, da Lei nº 8.666/93, já que as outras duas empresas convidadas – INSTITUTO APOIO SOCIAL e M & G CONSULTORIA E REPRESENTAÇÕES EMPRESARIAIS LTDA. – não atuavam na área de realização de concursos públicos.

Aduz, ainda, que, embora as empresas CEMI – CONSULTORIA EMPRESARIAL E IMOBILIÁRIA LTDA. – ME, representada por suas sócias proprietárias ALINE SILVA BOSCO e CAROLINE SILVA BOSCO, e M & G CONSULTORIA E REPRESENTAÇÕES EMPRESARIAIS LTDA., representada por seus sócios proprietários CELSO MENDES GARDINAL, JAQUELINE GALBIATTI MENDES FLORES e MACHAEL GALBIATTI MENDES, fossem formalmente duas empresas distintas, cada qual contendo CNPJ próprio, possuíam interesses convergentes, havendo inegável vínculo entre elas, vez que as sócias proprietárias da empresa CEMI, figuram como testemunhas do contrato social de constituição da empresa M & G CONSULTORIA E REPRESENTAÇÕES EMPRESARIAIS LTDA., circunstância que revelaria ter sido afastado o elemento competição, pressuposto essencial à validade de todo

Acesso ao Sumário

processo licitatório.

Sustenta, ainda, a existência de cláusulas ilegais no contrato firmado entre o Município a CONSULTORIA EMPRESARIAL E IMOBILIÁRIA LTDA. – ME (cláusula II e V, item 5.1), ausência de participação de membro da OAB no concurso para provimento de cargos de advogados, nos termos do art. 132 da CF, bem como que algumas cláusulas dos editais do concurso foram elaboradas com nítido intuito de direcionar o concurso para a contratação irregular de servidores.

Diante das alegadas ilegalidades e fraudes, requereu a decretação da nulidade do Processo de Licitação nº 211/15, realizado na modalidade de Carta Convite nº 059/15 e o respectivo contrato firmado com base nele entre a Prefeitura Municipal de Osvaldo Cruz e a empresa CEMI, bem como a anulação dos Editais n.º 001/2015 e 001/2016 e também dos respectivos Concursos Públicos n.º 001/2015 e 001/2016, com a exoneração de todos os servidores contratados por meio de tais concursos, além da condenação dos requeridos nas sanções previstas no artigo 12, inc. III, da Lei n° 8.429/92, c.c. o art. 3º, dessa mesma Lei. Em relação a EDMAR CARLOS MAZUCATO, requereu também sua condenação por prejuízo ao erário.

Foram excluídos do polo passivo os réus ROSILENA APARECIDA GUERLANDO DA SILVA, ANA PAULA PEREIRA, TIAGO VILAS BOAS DOS SANTOS SOUZA, IZABEL APARECIDA JUSTINO DA SILVA, SILENE CRISTINA RAMIRO FERREIRA DA SILVA, LEANDRA MARIA ALVES CHAVES, EDUARDO HENRIQUE GUERATO AFONSO, JULIO CESAR SILVEIRA, ANA PAULA FRANCISCO DE MELO, JULIANO LUIS BASTIOLI, LILIANE RODRIGUES FLORES, JHULLY ANNE AGOSTINI SILVA, WANDERSON DOS SANTOS TRECENTE, DENIS MÁRCIO FERREIRA BARATA, ALEX ROGÉRIO FERREIRA, EDUARDO T. OGIHARA DE ALMEIDA e MICHEL CÉSAR CARNEIRO ROCHA, em razão de pedido de exoneração do concurso.

Pois bem.

Primeiramente destaco que, após o julgamento do Tema nº 1.199 de repercussão geral do STF, foram definidas as seguintes teses jurídicas com efeito vinculante: 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se – nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA – a presença do elemento subjetivo – dolo; 2) A norma benéfica da lei 14.230/2021 – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa –, é irretroativa, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova lei 14.230/21 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transita-

Acesso ao Sumário

da em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; e 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é irretroativo, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.

No mérito, considerando que a alegação é de que os réus praticaram atos de improbidade administrativa consubstanciados nas condutas descritas no artigo 11 da LIA, consistente em violação de princípios da Administração Pública, e também que o réu EDMAR CARLOS MAZUCATO praticou ato que ocasionou prejuízo ao erário, necessário ponderar se tais atos ocorreram, e se houve a comprovação do elemento subjetivo dolo, traduzido como a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado, já que pelas alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 na LIA, e considerando que não há coisa julgada no caso, não há mais atos de improbidade administrativa culposos.

Importante ponderar, primeiramente, que a redação original do art. 11, *caput*, da Lei 8.429/92 considerava ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão que violasse os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições. Todavia, a superveniente Lei 14.230/21 promoveu expressiva reforma na Lei de Improbidade Administrativa e, entre outras alterações, deu nova redação ao seu art. 11, revogando alguns incisos e passando a trazer rol taxativo das condutas que constituem ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública. Todavia, conforme entendimento do STF transcrito acima, como regra, as novas disposições da lei não retroagem. Dessa forma, necessário analisar a dinâmica dos fatos de acordo com o ordenamento vigente à época.

E, conforme parecer da d. Procuradoria de Justiça, a alegação de ocorrência de fraude no procedimento licitatório nº 211/15, realizado na modalidade de Carta Convite nº 059/15, não restou comprovada. Conforme podemos verificar nos documentos juntados às fls. 307, 326 e 806, as três empresas que participaram do certame tinham por objeto a realização de concursos públicos. Ademais, não foi comprovado o alegado conluio entre as empresas CEMI CONSULTORIA EMPRESARIAL E IMOBILIÁRIA LTDA. e M & G CONSULTORIA EREPRESENTAÇÃO EMPRESARIAL LTDA. para fraudar o certame, sendo certo que o fato das sócias da empresa CEMI figurarem como testemunhas no contrato social de M & G não configura sequer indício do alegado.

Ademais, a questão já foi objeto de análise por este Relator nos autos da Apelação Cível nº 1002663-52.2017.8.26.0407[5], em que foi decidido, em v.u., pela ausência de comprovação de fraude no processo licitatório em questão, em que restou consignado: "*Conforme bem asseverou o Juízo a quo, não houve demonstração efetiva de que o processo licitatório estivesse contaminado por eventual direcionamento a algum licitante e/ou falta de competitividade, na me-*

Acesso ao Sumário

5 Voto nº 56.190, j. 8.2.2023.

dida em que a simples presença das sócias da corré CEMI como testemunhas da empresa M&H Consultoria e Representações Empresariais Ltda., por si só, não denota indício algum de que houvesse convergência de interesses entre as licitantes, quanto menos caracteriza conduta dolosa com o intuito de fraudar a carta convite nº 059/2015."

Com relação ao contrato firmado entre o Município e a empresa CEMI, o *Parquet* alega que este possui cláusulas que violam o princípio da transparência, quais sejam:

> *CLÁUSULA II: A CONTRATADA obriga-se a manter total sigilo das provas a serem aplicadas no concurso público, sujeitando-se às penalidades legais, bem como a rescisão imediata deste contrato, caso ocorra quebra de sigilo com relação aos serviços especificados na Cláusula Primeira, por dolo ou culpa da CONTRATADA.*
> *CLÁUSULA V: A CONTRATADA não entregará aos candidatos o caderno de questões do concurso público, considerando razões de ordem técnica e segurança, bem como direitos autorais reservados, salvo determinação judicial.*
> *5.1 Fica reservado à CONTRATADA o direito exclusivo sobre as provas utilizadas no concurso público, ficando expressamente proibida à CONTRATANTE copiar, reproduzir sob quais outras formas e ainda fornecer provas a outrem.*[6]

Todavia, como ressaltado pela d. Procuradoria de Justiça, o sigilo estabelecido na cláusula II em relação à aplicação das provas não se mostra incompatível com o ordenamento jurídico, pois, de fato, as provas, desde a sua elaboração até a sua aplicação, devem ser sigilosas, de modo a impossibilitar que terceiros tenha acesso a elas, e obtenham informações privilegiadas. E, também, não se vislumbra nenhuma ilegalidade na falta de entrega dos cadernos de provas aos candidatos ao término da prova, desde que assegurada a vista posterior, como no caso, sendo prática comum em concursos públicos.

Também não há nenhuma mácula no Edital do concurso público nº 001/2015. O item 4.4.3.5 do edital veda a entrega de exemplares dos cadernos de questões aos candidatos, mas assegura a vista do caderno de provas, direito constitucionalmente garantido. O item 9.13 do edital, por sua vez, prevê a incineração das folhas de respostas após 180 (cento e oitenta) dias da divulgação oficial do resultado final do concurso público, mantidas cópias digitalizadas em arquivo eletrônico, o que não restou impugnado em tempo hábil. Ademais, como ressaltado pela r. sentença, que, em que pese a não apresentação dos cadernos de questões, a empresa organizadora do concurso disponibilizou os cartões de resposta e outros documentos do concurso, eliminando, desta maneira, as suspeitas de favorecimento.

Ainda, no que tange a insurgência quanto à falta de capacitação técnica adequada da empresa CEMI – CONSULTORIA EMPRESARIAL E IMOBI-

6 Fls. 281-282.

Acesso ao Sumário

LIÁRIA LTDA. para realização do certame, verifica-se que a empresa vencedora apresentou atestado de sua capacidade técnica, nos termos exigidos no item 4.2 do edital do processo licitatório.[7]

Ademais, muito embora o art. 132 da CF estabeleça a obrigatoriedade de participação de representante da OAB no certame para os cargos de Procurador dos Estados, inexiste igual exigência de participação da OAB no concurso para contratação de empregados públicos, inclusive, Procurador Municipal.

Por fim, o fato de ter ocorrido a aprovação de servidores já nomeados para cargo em comissão, inclusive, o filho de uma procuradora do município, por si só, não caracteriza o direcionamento do concurso público para aprovação de pessoas pré-determinadas.

Assim, da análise do conjunto probatório e das alegações das partes, não ficou caracterizado que houve a prática de atos que violaram os princípios administrativos ou ocasionaram prejuízo ao erário, bem como não foi comprovada a existência de nenhuma conduta dolosa praticada pelos réus.

Destarte, de rigor a confirmação da sentença de improcedência, pelos seus sólidos fundamentos.

Nestes termos, proponho a meus ilustres pares que seja *NEGADO PROVIMENTO* ao recurso de apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1037367-82.2022.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante CONDOMÍNIO CIVIL DO INTERNACIONAL GUARULHOS SHOPPING CENTER, é apelado MUNICÍPIO DE GUARULHOS.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54.946)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente), BEATRIZ BRAGA e HENRIQUE HARRIS JÚNIOR.

São Paulo, 21 de março de 2024.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA – Multas Administrativas – Licenças de funcionamento – Máquinas de prêmios instaladas em corredor de shopping – Pretensão em afastar responsabilidade

Acesso ao Sumário

7 Fls. 320 e 277, respectivamente.

– Impossibilidade – Apelante que não apontou existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo de seu direito – Presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos não elidida – Manutenção da r. sentença de primeiro grau que se impõe – Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

O **CONDOMÍNIO CIVIL DO INTERNACIONAL GUARULHOS SHOPPING CENTER** ajuizou ação anulatória (proc. nº. 1037367071.01.2009.513997-5/0, da E. 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Guarulhos) em face de **MUNICÍPIO DE GUARULHOS**, referente a nove multas (107007, 107492, 107967, 106937, 107334, 107335, 107943, 106938, 107944) aplicadas ao estabelecimento quando de fiscalização que constatou a instalação, nos corredores, de cadeira de massagens e diversas máquinas como as que premiam o usuário com brinquedos de pelúcia e aparelhos de telefonia móvel, sem a devida licença de funcionamento emitida pelo poder público.

Registre-se que foi proferida a r. sentença de 384/387, de parcial procedência do pedido, declarando-se nulo apenas o Auto de Infração de nº 107492, após identificação do lojista responsável pela instalação.

O requerente interpôs, então, recurso de apelação de fls. 392/410, no qual postula a reforma da referida decisão, sob fundamento de que:

a) há diferença legal na natureza das licenças emitidas, não se podendo confundir aquelas relativas à atividade de shopping das que se referem ao funcionamento de lojas, sendo cada qual responsável pelas licenças que emite e pelo cumprimento das posturas municipais; b) que a sanção tem caráter pessoal e que eventual cometimento de infração administrativa deve ser imputado àquele que a praticou, afastando-se a possibilidade de responsabilidade solidária por parte do shopping; c) que as fundamentações legais dos Autos de Infração são equivocadas pois o conceito de "*máquina*" não se confunde com o de "*estabelecimento*" para fins de regulação fiscalizatória. Requer, por fim, declarar nulos os Autos de Infração remanescentes. (fls. 392/410).

Recebido o recurso, subiram os autos a esta Corte, sem contrarrazões por parte do Município.

É o relatório.

Entende-se que o presente recurso *não reúne condições de prosperar.*

Senão, vejamos.

A controvérsia trazida à apreciação junge-se à ocorrência, ou não, de responsabilidade tributária de estabelecimento comercial em cujo interior são instaladas cadeiras de massagens e máquinas de brindes.

Pois bem.

Acesso ao Sumário

Depreende-se dos autos que o shopping apelante foi autuado pelo Município de Guarulhos por infração ao artigo 297, da Lei 3573/90 – *Código de Posturas de Guarulhos.*

> *"Art. 297. Nenhum estabelecimento comercial, industrial ou de prestação de serviço poderá funcionar no Município sem prévia licença da Prefeitura, concedida nos termos da legislação municipal vigente."*

Ao que consta, agentes de fiscalização municipal constataram, nos corredores do Shopping Guarulhos, a manutenção e funcionamento de cadeira de massagem e de diversas máquinas – daquelas que premiam os usuários com bichos de pelúcia ou brindes de celulares.

Tudo sem licenças de funcionamento emitidas pelo Poder Público.

Instado a identificar eventuais responsáveis pelas instalações e exploração econômica do maquinário, o Shopping quedou-se inerte, tendo suportado nove Autos de Infração consoante se depreende da documentação juntada a fls. 20/125.

Contra tais autuações se insurge, todavia sem qualquer razão.

Isso porque, em nosso ordenamento jurídico-administrativo, as licenças de funcionamento são atos administrativos indispensáveis a toda e qualquer atividade estabelecida que, emitidas pelo Poder Público, deferem certa faculdade ao particular de exercer suas atividades econômicas de acordo com as normas estabelecidas. Por outro lado, conferem à administração não apenas o poder de regular as atividades econômicas, mas também conferir segurança a terceiros e controle do Município sobre os negócios locais.

Nesse sentido, age corretamente a municipalidade na fiscalização de toda e qualquer atividade exercida na área de sua abrangência territorial.

E mais, das informações trazidas aos autos, se depreende que foi oportunizado ao Shopping Guarulhos que indicasse eventuais lojistas responsáveis pela instalação e exploração das máquinas em seu interior.

O que não fez.

Ora, fossem de fato instalados por terceiros, à apelante caberia não apenas a responsabilidade, mas também o interesse de os indicar. Não o fazendo, não se desincumbe de seu ônus de comprovar a efetiva responsabilidade pela instalação do maquinário, ressalte, em seus corredores, nos exatos termos do artigo 373, II, do CPC:

> *"Art. 373. O ônus da prova incumbe:*
>
> *I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;*
>
> ***II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor**."* (GRIFEI)

Ademais, não restou elidida a presunção de legitimidade e veracidade de que gozam os atos administrativos, em especial os lançamentos impugnados.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles: "*a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos responde a exigências de celeridade e*

Acesso ao Sumário

segurança das atividades do Poder Público, que não poderia ficar na dependência de solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade dos seus atos, para só após dar-lhes execução", asseverando ainda que "outra consequência da presunção de legitimidade e veracidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca" (*Direito Administrativo Brasileiro*, Editora Malheiros, 30ª edição, p. 158).

Tem-se, portanto, que a aparência de legalidade está nos autos, não cabendo ao agente público ter que demonstrar seu ato, além do que se formalizou. Ao contribuinte cabe o ônus de, ao se insurgir contra ato dotado de presunção de veracidade e legalidade, trazer elementos aptos a quebrar tal presunção.

Fato é que as atividades eram exercidas dentro do shopping, sob seu evidente conhecimento, não sendo plausível supor que este não teria controle sobre as atividades exercidas em seu interior. Quanto mais ao se considerar o lucro auferido por esse tipo de instalação.

Aliás, o douto magistrado de primeiro grau resumiu bem a questão (fl. 102):

"(...) não cabe o argumento da parte autora da ausência de sua responsabilidade solidária (cada lojista exerce sua atividade com a licença individualizada). A questão é anterior à solidariedade. Ora, se não há identificação do lojista, não é possível ao Município identificar o empresário que efetivamente exerce a atividade comercial das máquinas no corredor do shopping autor, de modo que não há como saber se quem a exerce possui ou não a licença para tanto. No caso, não se está a julgar a legalidade da emissão de licença de funcionamento para as máquinas em questão, mas a identificação de quem é o empresário que exerce a sua atividade. Afinal, a autora tem lucro com a vinda de clientes ao shopping, atraídos por máquinas como as referidas, lucro esse obtido diretamente pelos lojistas e indiretamente pela parte autora, que ganha no percentual de faturamento dos lojistas. Isso porque, se há o exercício de alguma atividade comercial no estabelecimento gerido pelo shopping autor e sua administração não informa a qual lojista pertence o empreendimento, presume-se que ele seja realizado pela própria administração".

Assim sendo, tem-se que a argumentação da apelante não é motivo suficiente para macular o lançamento que gerou a cobrança tributária em discussão, não podendo se desincumbir da responsabilidade que lhe é imputada.

Desta forma, impõe-se a *manutenção* da r. sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos, aos quais adicionam-se os do presente voto.

Vencida a autora apelante também em sede recursal, *ficam os honorários advocatícios fixados na r. sentença de fls. 384/387 majorados para 15% sobre o valor atualizado da causa*, em atenção ao disposto no art. 85, § 11, do CPC.

Para os devidos fins de direito, consideram-se prequestionados os dispo-

Acesso ao Sumário

sitivos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

Com isto, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1037048-89.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado DHL BRAZIL LOGISTICS LTDA., é apelado/apelante ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após o voto do Relator, apresentou o Terceiro Juiz voto divergente. Nos termos do artigo 942 do CPC, para a ampliação do colegiado, foram convocados os Desembargadores Maria Laura Tavares e Heloísa Mimessi, e após a sustentação oral da Dra. Renata Souza Rocha, acompanharam o Relator. Resultado do julgamento: Por Maioria de Votos recurso da parte autora não provido, recurso da FESP provido, vencido em parte o Terceiro Juiz que declara. Fará declaração de voto vencedor a Quarta Juíza.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.260)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), FRANCISCO BIANCO, NOGUEIRA DIEFENTHALER e HELOÍSA MIMESSI.

São Paulo, 25 de março de 2024.

FERMINO MAGNANI FILHO, Relator

Ementa: ICMS – Pretensão à declaração de nulidade de autuação – Atividade de armazenagem que, apesar de se configurar prestação de serviço, participa na operação de circulação de mercadoria e gera obrigações perante o Fisco – Estorno tributário devido em razão da inviabilidade do creditamento – Fiscalização que se embasou na GIAS para controle de estoque ante a não apresentação de demais documentos fiscais e escriturais – Descumprimento de obrigação acessória que não exige danos ao erário – Apelação da parte autora não provida – Apelação da Fazenda Paulista provida.

VOTO

Vistos.

Apelações interpostas por DHL Brazil Logistics Ltda. e pela Fazenda Paulista contra r. sentença do digno Juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital (fls 1651/1655, integrada a fls 1671), que julgou parcial-

Acesso ao Sumário

mente procedente ação anulatória do crédito tributário lançado nos itens 2, 6 e 7 do AIIM 3.141.869-7.

Eis a síntese das teses recursais de DHL Brazil Logistics Ltda.: a) nulidade da r. sentença na parte em que tratou da sucumbência recíproca; b) não é contribuinte do ICMS; c) não realiza operações mercantis em nome próprio; d) prestava serviços de armazenagem; e) direito à manutenção dos créditos de ICMS relacionados à exportação; f) desobrigação de registro de mercadorias em seu estoque em razão da mudança de suas atividades de armazém geral para logística; g) entrega dos formulários posteriormente ao lançamento fiscal não prejudicou a análise das operações; h) multa desproporcional (fls 1674/1693).

Segue o apelo adesivo Fazenda Paulista nestes termos: a) a expressão 'contribuinte' contida na legislação tem uma conotação genérica, aplicando-se como responsável tributário; b) mercadorias de outra unidade da Federação, com o destaque do imposto e com saída posterior para exportação por conta e ordem da depositante; c) obrigação estornar os créditos do imposto anteriormente apropriados; d) o creditamento da autora não encontrou nenhum óbice legal, tampouco a inexistência de legislação que impedisse apropriar-se do crédito (fls 1738/1755).

Recursos respondidos (fls 1724/1737 e 1760/1768).

É o relatório.

DHL Brazil Logistics Ltda. acionou a Fazenda Paulista com o fim de anular os itens 2, 6 e 7 do AIIM 3.141.869-7, cuja motivação segue:

2. Deixou de proceder ao estorno de crédito de ICMS, no montante de R$ 1.334.546,74, no período de 01/2006 a 02/2006, conforme especificado no demonstrativo (anexo II - transcrição de operações extraídas do arquivo magnético, previsto na Portaria CAT 32/96 apresentado pela autuado), decorrente de saídas subsequentes não- tributada/ não incidência (exportação), circunstância imprevisível na data das entradas das mercadorias, conforme se comprova pelas cópias de GIAs, cópia do Resumo dos Lançamentos no R. de Saídas, notas fiscais juntadas por amostragem. Infringência: art. 67, inciso II do RICMS/00 Capitulação da multa: Art. 527, inciso II, alínea "j" c/c §§ 1º e 10º do RICMS/00.

(...)

6 - Deixou de fornecer à Secretaria da Fazenda após devidamente notificado, arquivos magnéticos contendo o Registro de Inventário (registro tipo 74) dos períodos de 2006 a 2007 nos termos do art. 32 cc subitem 19- A 1.2 do item 19ª da Portaria CAT 32/96, cujo estoque final perfaz o total de R$ 350.213.054,20, conforme se comprova pelas cópias dos Registros de Inventário dos períodos de 2006 e 2007, arquivo magnético previsto a Portaria CAT 32/96 contendo as operações de entradas e saídas devidamente autenticados pelo aplicativo HASH MD5, recibo de autenticação, recibo de validação SINTERA

Acesso ao Sumário

5.2.8, notificação datada de 27/08/2010, renotificação datada de 18/10/2010 e Declaração da Autuada com justificativa pela não apresentação. Infringência - Art. 494 c/c art. 221, art. 223 e art. 250 do RICMS. Capitulação da multa: Art. 527, inciso VIII alínea "z" c/c § 10º do RICMS/00.

(...)

7. Deixou de exibir à autoridade fiscalizadora, no prazo cominado em notificação específica para tal fim, 19091 impressos de documentos fiscais, cujos números se encontram relacionados no demonstrativo - ANEXO IV, conforme se comprova o atendimento parcial pela referida notificação, cópia de consulta a AIDF (autorização para impressão de documentos fiscais) de comunicação de inutilização de parte dos impressos fiscais e de termo de ocorrência lavrado do livro modelo 06. Infringência - art. 494 do RICMS Capitulação da multa: art. 527, inciso IV, alínea "n" c/c § 8º e 10º do RICMS/00

A r. sentença julgou parcialmente procedente o pedido apenas para declarar a nulidade do item 2 do lançamento fiscal consubstanciado no AIIM 3.141.869-7, e limitar a correção monetária e juros à taxa SELIC. Decisão que merece reforma parcial.

2- A atividade relacionada com armazenagem possui natureza de prestação de serviço e sofre incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, conforme artigo 3º, inciso XVII, da Lei Complementar nº 116/2003.

Embora não pratique atividade mercantil de compra e venda e não seja tributada pelo ICMS, sua participação nas operações de circulação de mercadorias imputa-lhe obrigações perante o Fisco na qualidade de responsável pelo recolhimento do ICMS, e pelo cumprimento de diversas obrigações acessórias relacionadas.

Nos termos do artigo 11, inciso, I, do Regulamento do ICMS:

Artigo 11 - São responsáveis pelo pagamento do imposto devido (Lei 6,374/89, arts. 8º, inciso XXV e § 14 e 9º, os dois primeiros na redação da Lei 10.619/00, art. 2º, I, e o último com alteração da Lei 10.619/00, VI):

I - o armazém geral ou o depositário a qualquer título:

a) na saída de mercadoria depositada por contribuinte de outro Estado;

b) na transmissão de propriedade de mercadoria depositada por contribuinte de outro Estado;

c) solidariamente, no recebimento ou na saída de mercadoria sem documentação fiscal;

Esmiuçando essa operação, o controle exigido aos armazéns tange justamente a essa movimentação da mercadoria.

Segundo o Anexo VII, do RICMS/SP, por ocasião das saídas das mercadorias para depósito no mesmo Estado do estabelecimento remetente, este emitirá nota fiscal sem o destaque do ICMS, uma vez que a própria legislação

Acesso ao Sumário

paulista prevê a não-incidência, bem como o retorno dela. Caso haja transferência direta ao adquirente haverá o retorno simbólico das mercadorias depositadas com indicação expressa da operação.

No caso de envolver outra unidade da Federação exige-se o destaque o tributo na nota fiscal, sendo devido o estorno em razão da neutralidade dos débitos e créditos da operação, bem como a inviabilidade o aproveitamento do crédito pelo armazém.

O laudo pericial concluiu que, *uma vez que a atividade da Autora consistia em armazenagem, que não realizava operações de compra e venda a terceiros, não há por cogitar da utilização do crédito destacado nas notas fiscais que acompanharam a entrada no seu estabelecimento, de mercadorias pertencentes à empresa KODAK, cujos estoquem seriam administrados pela Autora* (fls 1562).

Logo, justamente por ser simples depositária da mercadoria é o que justifica a realização do estorno, afinal, o crédito gerado é indevido.

Destaca-se precedente desta Corte Bandeirante:

APELAÇÃO CÍVEL – Embargos à execução fiscal – Contribuinte que atua como armazém geral autuado por deixar de estornar o ICMS creditado, apurado sobre a diferença entre os valores da operação de recebimento de mercadorias para armazenagem e a sua saída por conta e ordem de terceiros em valores inferiores ao recebido – Contribuinte que tomou crédito em condições não amparadas pela legislação tributária – Atividade do embargante de armazém geral limita-se ao depósito, guarda e conservação de mercadorias, e não envolve circulação econômica de mercadoria – Não pode o contribuinte em questão se creditar do imposto em relação a mercadorias recebidas para armazenagem eis que não as comprou ou vendeu, de sorte que não houve efetiva circulação de bens hábil a incidir na hipótese de incidência do ICMS – A mera anotação em seus registros da existência de créditos gerados pela diferença a maior entre as entradas e saídas em suas instalações não concede ao embargante direito de crédito sobre mercadorias em relação às quais não perpetrou circulação econômica efetiva – Obrigação legal de realização de imediato estorno das diferenças apuradas que não foi cumprida – Higidez do AIIM verificada – Precedentes desta C. Corte em casos análogos envolvendo o mesmo contribuinte – R. sentença que havia acolhido os embargos à execução reformada para rejeitá-los – Verbas sucumbenciais – Inversão – RECURSO DA FESP E REEXAME NECESSÁRIO PROVIDOS (Apelação Cível nº 0131693-21.2011.8.26.0100, 13ª Câmara de Direito Público, relatora Desembargadora Flora Maria Nesi Tossi Silva, j. 04/10/2023).

Portanto, proponho seja provido o apelo adesivo fazendário para manter o item 2 da autuação.

3- Quanto aos itens 6 e 7, alega a autora que sua atividade logística não

Acesso ao Sumário

exigia a escrituração de estoques, e que o valor levantado pelo Fisco se refere a mercadoria de empresa terceira. Diz que os valores apresentados pelo Fisco são baseados apenas pelos períodos de 2006 e 2007, mas deveria considerar desde o início das atividades em 1999, conforme constatado pela empresa de auditoria contratada pela autora. Esclarece que entregou posteriores os impressos fiscais e, por fim, que há desproporcionalidade da multa aplicada.

Não se elide, como princípio, a presunção de legitimidade dos atos administrativos. Vale-nos, a propósito, o legado Hely Lopes Meirelles: *Os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a presunção de legitimidade, independentemente de norma legal que a estabeleça. Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração (art. 37 da CF), que, nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental. Daí o art. 19, II, da CF proclamar que "não se pode recusar boa-fé aos documentos públicos". Além disso, a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade dos seus atos, para só após dar-lhe execução. Já a presunção de veracidade, inerente à de legitimidade, refere-se aos fatos alegados e afirmados pela Administração para a prática do ato, os quais são tidos e havidos até prova em contrário. A presunção também ocorre com os atestados, certidões, informações e declarações da Administração, que, por isso, gozam de fé pública* (Direito Administrativo Brasileiro, 33ª edição, página 159, Malheiros, 2007; obra atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho).

Mas é preciso não olvidar que a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos não é inafastável. Na lição de José dos Santos Carvalho Filho, *é certo que não se trata de presunção absoluta e intocável. A hipótese é de presunção* ***iuris tantum*** *(relativa), sabido que pode ceder à prova em contrário, no sentido de que o ato não se conformou às regras que lhe traçavam as linhas, como se supunha* (Manual de Direito Administrativo, 23ª edição, página 134, Lumen Juris, 2010).

E um dos elementos do ato administrativo é o motivo cujo conceito nos remete aos pressupostos de fato e de direito que fundamentam a atuação do Poder Público. Noutras palavras, deve preexistir conjunto de circunstâncias que, capituladas em dispositivo legal, embasem o ato administrativo o quê sem isso se configura nulo.

Esclarece Maria Sylvia Di Pietro que *ainda relacionada com o motivo, há a teoria dos motivos determinantes, em consonância com a qual a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu funcionamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade* (Direito Administrativo, 23ª edição, página 219, Atlas, 2010).

Pressupostos fáticos e jurídicos não ilididos.

Acesso ao Sumário

O laudo pericial não ratificou a auditoria de E&Y Auditores, apenas verificou as conclusões, qual seja: *A Autora juntou levantamento realizado pela referida E&Y Auditores, junto a seus registros fiscais, consistente na movimentação dos estoques do período abrangido entre NOV/1999 e DEZ/2006, cujo resultado do levantamento é demonstrado no parecer de fls. 1229/1236, que inclui a apuração a que se volta o quesito. A conclusão é que, pelo levantamento de estoque de todo esse período, ocorreram falhas decorrentes da ausência de documentos, que resultaram na diferença de R$ 44.756.073,00, correspondente a 0,73% ao passo que a autuação fiscal aponta para valor de R$ 350.213.054,20 como apuração final. (...)*

Na resposta ao quesito anterior, transcreveu-se o resultado contido em relatório dos auditores contratados pela Autora, em que demonstram a conclusão pela diferença de R$ 44.756.073,00 (fls 1565 e 1566).

Contudo, a auditoria é unilateral e teve acesso a documentação não apresentada ao Fisco em sua completude, razão pela qual não pode ser considerada incólume.

A fiscalização embasou suas conclusões pelas Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA de 2006 e 2007, pois não foram apresentados Livros de Registros de Inventários e o arquivo SINTEGRA devidos.

Pontifica Luciano Amaro que *a acessoriedade da obrigação dita "acessória" não significa (como se poderia supor, à vista do princípio geral de que o acessório segue o principal) que a obrigação tributária assim qualificada dependa da existência de uma obrigação principal à qual necessariamente se subordine* (Direito Tributário Brasileiro, 18ª edição, páginas 275, Atlas, 2012).

Quanto ao item 7, a própria autora confessa que entregou a documentação a destempo. Fato confirmado pelo perito judicial: *Autora deixou de apresentar, na época própria, à Autoridade Fiscalizadora, o número de 19.091 impressos "documentos fiscais", cujos números se encontram relacionados no demonstrativo Anexo IV, só fazendo parcialmente, em período posterior* (fls 1572).

Claro descumprimento de obrigação acessória, sendo irrelevante a ausência de lesão ao erário.

4- Necessário, neste capítulo, uma breve diferenciação: a multa moratória é devida pelo atraso no recolhimento do tributo, já a multa punitiva possui viés corretivo.

No primeiro caso – multa moratória – o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de limitar sua cobrança em 20% do valor lançado:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – PARCELAMENTO – EXTENSÃO ÀS EMPRESAS PRIVADAS – IMPOSSIBILIDADE – TAXA SELIC – DÉBITO TRIBUTÁRIO – POSSIBILIDADE – MULTA MORATÓRIA – CARÁTER CONFISCATÓRIO RECONHECIDO – REDUÇÃO PARA 20%. 1- O Supremo Tribunal Federal já assentou a ausência de repercussão

Acesso ao Sumário

geral da controvérsia relativa à violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e dos limites da coisa julgada, quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação de normas infraconstitucionais (ARE 748.371-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes). 2- Esta Corte já decidiu pela impossibilidade de extensão do parcelamento de débito previdenciário em 240 meses, previsto na Lei nº 8.620/1993, às empresas do setor privado, porquanto o Poder Judiciário não pode atuar como legislador positivo. 3- Nos termos do entendimento fixado nos autos do RE 582.461-RG, julgado sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a utilização da Taxa Selic como índice de atualização de débitos tributários não contraria qualquer preceito constitucional. 4- A aplicação de multa moratória acima do patamar de 20% detém caráter confiscatório. Trata-se de montante que se coaduna com a ideia de que a impontualidade é uma falta menos grave, aproximando-se, inclusive, do valor que um dia já foi positivado na Constituição. 5- Agravo regimental a que se dá parcial provimento para determinar a redução da multa moratória para 20% (vinte por cento) sobre o valor do tributo (Agravo de Instrumento nº 682983 AgR, 1ª Turma, relator Ministro Roberto Barroso, j. 04/08/2015).

Já no segundo caso – multa punitiva – o Supremo Tribunal Federal estabelece como limite o valor do próprio tributo, ou seja, 100% do valor cobrado:

TRIBUTÁRIO – MULTA – VALOR SUPERIOR AO DO TRIBUTO – CONFISCO – ARTIGO 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA – Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido – Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ - Pleno, relator ministro Ilmar Galvão, e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP - Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral (RE nº 833106 AgR/GO, Primeira Turma, relator Ministro Marco Aurélio, j. 25/11/2014).

Verifico na autuação *sub judice* que a multa aplicada observou estabelecido pela Corte Superior.

Ressalta-se a redução das multas dos itens 6 e 7, já reconhecidas administrativamente (fls 1403, ratificada às fls 1450).

5- No que tange aos honorários advocatícios sucumbenciais, a autora decaiu de parte do pedido, sagrando-se vencedora noutro tanto. De rigor, a aplicação da reciprocidade prevista no artigo 86 do Código de Processo Civil, que dispõe que *se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas.*

Sob este aspecto, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE CONDENATÓRIA – ACÓRDÃO DESTE ÓRGÃO FRACIONÁRIO QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA REQUERIDA. 1- Os embargos de declaração somente são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão,

obscuridade, contradição, omissão ou erro material, consoante dispõe o artigo 1.022 do CPC/2015. 1.1- Hipótese em que o acórdão embargado é omisso acerca da tese atinente à base de cálculo dos honorários advocatícios sucumbenciais. ***2- Verificada a existência de sucumbência recíproca, os honorários e ônus decorrentes devem ser distribuídos adequada e proporcionalmente, levando-se em consideração o grau de êxito de cada um dos envolvidos, bem como os parâmetros dispostos no art. 85, § 2º, do CPC/2015. 3- Necessidade de fixação dos honorários advocatícios dos representantes da ora embargante com base em percentual sobre o valor do proveito econômico auferido.*** *4- Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes* (EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp nº 1.553.027/RJ, 4ª Turma, relator Ministro Marco Buzzi, j. 03/05/2022).

Já ponderados os critérios estipulados no artigo 85, §§ 2º e 4º, do Código de Processo Civil, razoável a sua fixação nos patamares mínimos de cada faixa em percentual que incide sobre os respectivos benefícios econômicos de cada parte, cálculo este que deverá ser obtido na fase de liquidação.

Por meu voto, nego provimento à apelação da autora e dou provimento ao apelo adesivo fazendário para o fim de manter a r. sentença somente no que tange à adequação da correção monetária e juros com base na taxa Selic. Os honorários advocatícios serão arbitrados na fase se liquidação.

DECLARAÇÃO DE VOTO PARCIALMENTE DIVERGENTE

(Voto nº 43.897)

Adotado o douto relatório de lavra do eminente e DD. Desembargador Relator FERMINO MAGNANI FILHO, ouso, respeitosamente, divergir no tocante ao desfecho atribuído à lide, por entender apresentar-se, no mérito, caso de desprovimento do apelo da FESP e de provimento parcial do apelo da autora.

O apelo da FESP não comporta provimento, devendo ser mantida a respeitabilíssima sentença de lavra do douto Juiz Otavio Tioiti Tokuda isso reletivamente à anulação do item 2º do lançamento fiscal consubstanciado no AIIM 3.141.869-7, devendo-se considerar no caso em concreto: i. a inexistência de enriquecimento ilícito e de qualquer benefício da autora (comprovado por perícia judicial), que não é contribuinte de ICMS e jamais utilizou o ICMS lançado a crédito em sua escrita fiscal; ii. a operação em tela ocorreu em 2006, em data anterior ao Decreto n. 53.834/2008 que introduziu, sem qualquer efeito de retroação, no RICMS os artigos 11-A e 11-B do anexo VIII, a obrigação dos Armazéns Gerais de estornar créditos de mercadorias depositadas e remetidas para exportação; iii. o fundamento legal do AIIM (artigo 67, II do RICMS) é norma aplicável ao contribuinte do imposto e não ao responsável (no caso, o armazém geral), cabendo o estorno do crédito do ICMS ao estabelecimento que realizou

Acesso ao Sumário

as operações mercantis.

Respeitado entretanto, o entendimento da douta maioria, por meu voto proveria parcialmente o apelo da parte autora e o faço para anular o item 6º da autuação, uma vez que resultou devidamente justificado o fato de não haver Registro de Inventário (Registro tipo 74) no SINTEGRA: "***A partir de 04/2006 a Apelante não mais possuía mercadorias de terceiros armazenadas em seu estabelecimento, o que justificava não possuir Registro de inventário (Registro tipo 74) no 'Sintegra'*** *...* ***com a alteração dos serviços prestados pela Apelante, de Armazém Geral para logística em sentido estrito, desde abril de 2006 deixou de possuir estoque de mercadorias da Kodak em seu estabelecimento, de modo que não apenas estaria desobrigada a escriturar o Registro de Inventário, como também impossibilitada de fazê-lo, porquanto o controle de entradas e saídas de mercadorias passou a ser realizado pela própria Kodak*** *... a Apelante demonstrou documentalmente, que no ano de 1999 a empresa Kodak e ela firmaram contrato de comodato ... a empresa "Kodak" possuía imóvel de sua titularidade, cedendo-o à Autora para que esta prestasse o serviço exclusivo e dedicado em referido local para armazenagem das mercadorias fabricadas pela própria "Kodak". Em adição aos serviços de armazenagem, a Autora ainda realizava o planejamento, organização e controle das mercadorias da contratante "Kodak", ou seja, realizava a prestação de serviços de logística em sentido amplo.* ***Em março de 2006 as empresas decidiram alterar o modelo e forma da prestação dos serviços de logística, sendo alterado o contrato firmado entre a DHL (apelante) e "Kodak". Desde então, o estoque de mercadorias passou a ser armazenado diretamente pela própria empresa "Kodak", passando a ora Autora a prestar serviços de logística em sentido estrito, ou seja, apenas fornecendo sistemas de controle, inteligência, equipamentos e mão-de-obra para que a Kodak armazenasse seu próprio estoque. Tal fato, aliás, ensejou a redução do espaço físico ocupado pela DHL para apenas 200 m² localizados no denominado Prédio 6 do imóvel objeto do comodato. Em resumo, a prestação dos serviços pela Autora em face da empresa "Kodak Brasileira" possuía a seguinte cronologia: até março/2006 prestava serviço de Armazém Geral logística em sentido amplo); a partir desse momento, passou a exercer somente os serviços de logística em estrito senso, já que a armazenagem era realizada pela própria "Kodak". Por esse motivo, isto é, ausência de estoque a ser registrado em Livro de Registro de Inventário, o fornecimento do arquivo magnético do Registro de Inventário para os períodos posteriores a abril/2006 restou inviabilizado uma vez que a escrituração foi feita pela própria Kodak***. *Apesar dessas constatações,* ***a r. sentença de primeira instância não analisou o contexto das operações que levaram a Apelante a deixar de apresentar os Registros tipo 74 do Sintegra ao Fisco Estadual, limitando-se a atestar que o perito confirmou que a apelante***

Acesso ao Sumário

deixou de apresentar as informações. *Todo o contexto para a não apresentação dos Registro tipo 74 – Registro de Inventário – foi desprezado pelo juízo de primeira instância. Ademais,* ***mesmo quando prestadora de serviços de "Armazém Geral", ou seja, quando ainda depositária de mercadorias de terceiros e, portanto, obrigada a escriturar o estoque de mercadorias armazenadas em seu estabelecimento, a Autora deveria fazê-lo apenas anualmente****, como autorizada pelo art. 261 do RIR/99 ... Este aspecto próprio das operações de armazenagem de mercadorias de terceiros também foi desprezado pela r. sentença de primeira instância, apesar de relevante para o desfecho do processo. Observa-se que, ainda que a Autora houvesse, de fato, descumprido a obrigação de apresentar arquivos magnéticos, a multa a ser aplicada deveria levar em conta a ausência de qualquer prejuízo à ação fiscal perpetrada contra a Autora, além da manifesta boa-fé por ela demonstrada durante toda a fiscalização*" (vide fls. 1678/1689).

Este texto é confirmado por documentos – os mesmos que mencionamos acima – e é de tal sorte explicativo que quaisquer outras considerações hermenêuticas são desnecessárias; aliás, basta ao leitor atento estabelecer uma linha do tempo entre as relações negociais acima referidas, regredi-las e faceá-las com as correspondentes obrigações fiscais quando então chegará à mesmíssima conclusão, aquela que adotamos, conquanto respeitado a compreensão da maioria, conclusão que me pareceu evidente. Ademais, presume-se perfeito e acabado o fato jurídico relacionado com as alterações do objeto social que inovou os modos de transição das mercadorias do sistema de armazéns gerais para os de empresa de logística, evento que foi comunicado formalmente ao fisco de São Paulo, o que faz supor que o busílis que caracteriza esta demanda não reside em provar-se isso ou aquilo, mas em saber se persiste obrigada a empresa a manter o livro de registro de inventários se e quando não mais há disponibilidade dos itens de armazenamento – ou seja, se o contribuinte continuaria adstrito à exigência constante do SINTEGRA de manter o correspondente livro (de registro de inventário), exigência que *prima facie* não se coadunaria com o texto normativo que preside a matéria, na medida em que o contribuinte ao deixar de manter uma empresa dedicada ao armazenamento e passa para a atividade de logística, submete-se a outra disciplina.

Trata-se portanto, de uma *quaestio iuris* e não mais uma *quaestio facti.*

Com relação ao item 7, convirjo com a Douta Relatoria e com o *decisum a quo*, considerando, sobretudo, que a própria autora admite a apresentação tardia da documentação e que a multa já foi reduzida em 50%, sem qualquer erro de cálculo que desse ensejo à sua revisão e nova redução.

De igual forma, convirjo com a forma de fixação da verba honorária no respeitável voto condutor, isto é, nos patamares mínimos e incidindo sobre os benefícios econômicos de cada parte, a serem apurados em fase de liquidação.

Acesso ao Sumário

Posto isso, nos termos do art. 156 do RITJSP[1], declaro voto divergente ao voto do culto Relator, discrepância a dar-se no sentido do **desprovimento do apelo da FESP** e do **provimento parcial do recurso da parte autora nos termos acima expostos.**

NOGUEIRA DIEFENTHÄLER, 3º Juiz

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

(Voto nº 35.519)

Respeitosamente, declaro as razões pelas quais acompanho a solução proposta pelo E. Desembargador Relator Fermino Magnani Filho, com a finalidade de destacar outros elementos de convicção relevantes ao caso concreto.

Trata-se de ação anulatória de débito fiscal cumulada com declaratória, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por DHL LOGISTICS (BRAZIL) LTDA. em face da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, objetivando a anulação dos itens 2, 6 e 7 do Auto de Infração e Imposição de Multa (AIIM) nº 3.141.869-7.

A decisão de fls. 1284/1285 deferiu a tutela antecipada, para suspender a eficácia do Auto de Infração lavrado contra a parte autora.

A r. sentença de fls. 1651/1655 julgou parcialmente procedente o pedido, apenas para declarar a nulidade do Item 2 do AIIM nº 3.141.869-7 e para limitar o cálculo da correção monetária à Taxa Selic. Reconheceu a sucumbência recíproca e condenou cada parte ao pagamento de metade das custas e despesas processuais, e com os honorários advocatícios devidos ao patrono da parte adversa, a serem apurados em liquidação de sentença com base no valor do proveito econômico.

A parte autora interpôs o recurso de apelação de fls. 1674/1693 alegando a nulidade da r. sentença diante da ausência de fixação de parâmetros claros para o cálculo dos honorários de sucumbência. No mérito, requer que sejam relevadas ou reduzidas as multas impostas nos Itens 6 e 7 do AIIM nº 3.141.869-7, com fundamento no artigo 527-A do RICMS ou, subsidiariamente, que sejam reduzidas a 100 (cem) UFESPs, como previsto no artigo 527, inciso IV, alínea "z" e § 6º do mesmo dispositivo do RICMS.

A Fazenda Estadual apresentou recurso adesivo às fls. 1738/1755 objetivando a refirma da r. sentença no que se refere à anulação do Item 2 do AIIM nº 3.141.869-7.

Contrarrazões da parte autora às fls. 1760/1768.

Há oposição ao julgamento virtual (fl. 1776 e 1779)

Acesso ao Sumário

1 Art. 156 do RITJSP: Nos processos sujeitos ao regime geral do Código de Processo Civil, o desembargador que discordar dos votos vencedores fará declaração de voto, ainda que restrita aos fundamentos, constando da tira de julgamento uma ou outra circunstância (dispositivo com redação dada pelo Assento Regimental nº 562/2017).

É o relatório do necessário.

Inicialmente, é importante afastar a preliminar de nulidade da r. sentença aduzida pela parte autora.

O MM. Juízo *a quo* foi cristalino ao fixar a base de cálculo dos honorários de sucumbência da parte adversa sobre o 'proveito econômico', em perfeita consonância com o que dispõe o artigo 85, § 2º do Código de Processo Civil. Ademais, nos casos de sentenças ilíquidas, o próprio § 4º, inciso II, determina que a definição dos percentuais, nos termos do § 3º (nas causas envolvendo a Fazenda Pública), será realizada somente quando liquidado o julgado.

No mérito, tem-se que foi lavrado o Auto de Infração e Imposição de Multa (AIIM) nº 3.141.869-7 contra a parte autora. Dentre as infrações que lhe foram imputadas, são objeto de controvérsia nos presentes autos aquelas constantes nos Itens 2, 6 e 7, as quais, de forma resumida, dizem respeito:

> **Item 2**: Falta de estorno do crédito do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS), no montante de R$ 1.334.546,74 referente ao período de 01/2006 a 02/2006 decorrente de saídas subsequentes não tributada/não incidência (exportação);
>
> **Item 6**: Deixar de fornecer à Secretaria da Fazenda e Planejamento (SEFAZ) os arquivos magnéticos contendo o Registro de Inventário dos períodos de 2006 e 2007;
>
> **Item 7**: Deixar de exibir à autoridade fiscal, após notificação, 19091 impressos de documentos fiscais.

Com relação ao **Item 2**, apesar de concordar com a conclusão adotada pelo E. Desembargador Relator, adoto fundamento ligeiramente diverso, com a inclusão de outros elementos de convicção.

No caso concreto, a Kodak Brasileira Comércio de Produtos para Imagem e Serviços ('Kodak') celebrou com a autora, DHL Logistics Ltda. ('DHL'), em novembro 1999, contrato de comodato, segundo o qual a primeira cederia imóvel de sua propriedade à segunda, para armazenagem de mercadorias pertencentes à Kodak Amazônia, o qual perdurou até março de 2006.

Durante o referido período, a DHL utilizou imóvel de propriedade da Kodak para prestação de serviços de armazém geral, recebendo produtos da Kodak Amazônia (operações interestaduais), para armazenagem e organização antes de serem subsequentemente remetidas ao destinatário.

Como armazém geral, prestador de serviço de armazenagem de mercadorias de terceiros, a DHL figurava como mero depositário, atuando por conta e ordem do depositante.

No entanto, o armazém geral, no que se refere à mercadoria depositada por contribuinte localizado em outro Estado, é o responsável pelo tributo devido pelo depositante relativamente à operação de saída promovida a partir do armazém geral, nos termos do artigo 11, inciso I, alínea 'a', do RICMS:

Acesso ao Sumário

Artigo 11 - São responsáveis pelo pagamento do imposto devido:
I - o armazém geral ou o depositário a qualquer título:
a) na saída de mercadoria depositada por contribuinte de outro Estado;
(...)

E do artigo 9º da Lei Estadual nº 6.374/1989.

Artigo 9° - São responsáveis pelo pagamento do imposto devido:
I - o armazém geral e o depositário a qualquer título:
a) na saída de mercadoria depositada por contribuinte de outro Estado ou do Distrito Federal;
(...)

Ou seja, em regra, o armazém geral (DHL), embora não seja contribuinte do imposto em tais operações, é o responsável pelo pagamento devido pelo depositante (Kodak Amazônia), o qual continua a figurar como contribuinte da operação.

Nas operações interestaduais, o armazém geral pode se creditar do valor do imposto destacado na Nota Fiscal de remessa para armazenagem (operação interestadual anterior) recebida do remetente-depositante.

Na operação subsequente, cabe ao armazém geral paulista, na condição de responsável tributário, o recolhimento do ICMS incidente, caso em que lhe é permitido debitar o imposto anteriormente creditado.

Isso porque, o valor das mercadorias na entrada e na saída do armazém geral deve ser o mesmo, por se tratar de remessa por conta a ordem de terceiro (sem valor agregado). Nesses termos, o encontro entre o crédito de ICMS e o montante devido na saída, de responsabilidade do armazém geral, resultaria contabilmente em zero, ou seja, sem oneração ao depositário que atua por conta e ordem do depositante.

Verifica-se, portanto, que a regra viabiliza a compatibilização entre a sua responsabilidade tributária com o fato de não ser contribuinte do imposto no exercício das suas atividades de armazém em geral.

Isso porque, considerando que (i) o armazém geral não é contribuinte do ICMS, na medida em que, como bem apontado o E. Relator, "*a atividade relacionada com armazenagem possui natureza de prestação de serviço e sofre incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, conforme artigo 3º, inciso XVII, da Lei Complementar nº 116/2003*", mas que (ii) a legislação lhe imputa a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS devido pelo depositante (contribuinte) relativamente à operação de saída promovida a partir do armazém geral, tem-se que (iii) o creditamento do imposto na entrada das mercadorias no armazém geral permite o abatimento com o ICMS que deve ser recolhido na operação subsequente, de forma que o depositário não sofrerá qualquer encargo relativo ao imposto.

Acesso ao Sumário

Importante ressaltar, nesse ponto, que tal regramento já vigia no território paulista antes mesmo da inclusão do artigo 11-A no Capítulo II do Anexo VII

do RICMS, que regula as obrigações acessórias especificamente na hipótese de mercadoria depositada em armazém geral com destino a exportação, pelo Decreto Estadual nº 53.834/2008.

No caso dos autos, entretanto, houve a saída não tributada das mercadorias depositadas no armazém geral (exportação), tendo o responsável tributário (DHL) procedido de forma irregular ao manter a escrituração dos créditos do imposto apurados quando da entrada.

O artigo 67, inciso II, do RICMS é claro ao dispor que, havendo saída não tributada, deve haver o estorno do crédito:

> ***Artigo 67 - Salvo disposição em contrário, o contribuinte deverá proceder ao estorno do imposto de que se tiver creditado, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:***
> ***(...)***
> ***II - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível à data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;***

Nesse ponto, importante ressaltar que a menção a 'contribuinte' no referido dispositivo constitui mera impropriedade técnica, devendo ser sido como 'sujeito passivo'.

Nesse sentido, é o que consta no artigo 21 da Lei Kandir (Lei Complementar nº 87/96):

> ***Art. 21. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:***
> ***I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;***

Também é o que se extrai da redação da própria

Constituição Federal:

> ***Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:***
> ***(...)***
> ***II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior***
> ***§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:***
> ***(...)***
> ***II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:***
> ***(...)***
> ***b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;***

Trata-se de uma obrigação de estorno contábil do crédito tributário decorrente do fato de que se nada é recolhido na operação, não há que se falar

Acesso ao Sumário

em efeito cumulativo do imposto. Nesse sentido, brilhante o voto do Ministro Moreira Alvez, relator do Recurso Extraordinário nº 115.966:

> ***"Com efeito, não é possível haver cumulação sem que haja o pagamento do mesmo imposto sobre a circulação de uma mercadoria (...) em duas ou mais etapas, sem a dedução do que já foi pago. Se o imposto é devido na primeira etapa e não o é na segunda, não pode evidentemente haver cumulação, cujo pressuposto é que algo, sem dedução, se incorpore a algo maior, o que não corre quando este inexiste."***

No entanto, a própria Constituição Federal prevê exceção à obrigatoriedade de anulação do crédito relativo a operações anteriores no caso de operação de saída sem a incidência do ICMS:

> ***Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:***
> ***(...)***
> ***II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior***
> ***§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:***
> ***(...)***
> ***X - não incidirá:***
> ***(...)***
> ***a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;***

A não incidência do imposto sobre mercadorias remetidas ao exterior trata-se de verdadeira hipótese de imunidade, para a qual há regra que excetua a obrigatoriedade de estorno do crédito do imposto, representando a adoção de uma política fiscal de estímulo à exportação.

A regra repercute no RICMS do Estado de São Paulo, que prevê, dentre as exceções à obrigatoriedade de estorno do crédito do imposto:

> ***Artigo 7º - O imposto não incide sobre:***
> ***(...)***
> ***V - a saída de mercadoria com destino ao exterior e a prestação que destine serviço ao exterior;***
> ***(...)***
> ***Artigo 68 - Não se exigirá o estorno do crédito do imposto:***
> ***I - em relação às operações não tributadas, previstas no inciso V e no § 1° do artigo 7°;***
> ***(...)***

Nesse mesmo sentido é o artigo 43 da Lei Estadual nº 6.374/1989 ("*Não se exigirá o estorno do crédito em relação ao imposto correspondente a entrada de mercadoria ou serviço objeto de operação ou prestação que os destine ao*

exterior").

Entretanto, considerando a peculiar participação do armazém geral na exportação, devem-se esclarecer alguns conceitos – notadamente o de contribuinte e de responsável tributário –, necessários para a adequada aplicação da referida benesse fiscal.

O contribuinte é aquele que tem "*relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador*" e o responsável tributário é aquele que "*sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei*" (artigo 121 do Código Tributário Nacional).

No caso, como mencionado, o contribuinte é o depositante; e o responsável pelo recolhimento do imposto na operação subsequente (saída das mercadorias do armazém geral com destino a outro estabelecimento) é o armazém geral (parte autora).

No caso de tributos indiretos, tal qual o ICMS, permite-se a transferência do seu encargo econômico para uma pessoa diferente daquela definida em lei como sujeito passivo. Nesse caso, há a figura do 'contribuinte de fato' e do 'contribuinte de direito', sendo este a pessoa que realiza o fato gerador e o aquele a pessoa que efetivamente paga o imposto considerando que o contribuinte de direito transferiu para ele este encargo.

Na hipótese dos autos, a parte autora possui participação peculiar, já que não figura como contribuinte de fato e tampouco como contribuinte de direito, na medida em que não realiza o fato gerador e não arca com o encargo do imposto, mas tão somente figura como responsável tributário.

Isso porque, o fato gerador da operação de exportação é realizado pelo depositante-exportador, o qual também arca com o ônus financeiro do imposto nas remessas para armazenagem (operação interestadual anterior); o armazém geral não assume qualquer encargo financeiro de fato, já que o encontro entre o ICMS creditado quando da entrada no seu estabelecimento e o débito decorrente de sua responsabilidade tributária deveriam acarretar um resultado contábil neutro.

A respeito das imunidades, deve-se sempre atentar às finalidades constitucionais às quais estão vinculadas. Nas operações de exportação, é clara a orientação quanto à impossibilidade de, a pretexto de se extrair da regra o máximo de efetividade, se adotar uma interpretação ampliativa, de modo a abarcar fatos, situações ou objetos não abrangidos pela expressão literal do enunciado normativo.

A Constituição Federal resguardou apenas ao exportador a imunidade tributária em questão, conferindo-lhe o direito à manutenção e o aproveitamento do valor referente ao ICMS cobrado nas operações e prestações anteriores.

Nesses termos, apenas o depositante-exportador faz jus à imunidade na exportação e à manutenção do imposto cobrado nas operações anteriores, razão

Acesso ao Sumário

pela qual não agiu com acerto a parte autora ao não ter estornado os créditos apropriados quando da entrada no armazém geral das mercadorias remetidas pelo depositante.

À parte autora, como armazém geral, aplicam-se as disposições do artigo 67, inciso II, do RICMS, do artigo 21 da Lei Kandir (Lei Complementar nº 87/96) e do artigo 155, inciso II e §2º, inciso II, alínea ‹b› da Constituição Federal, os quais determinam a anulação do crédito relativo às operações anteriores no caso de operação subsequente não tributada.

Apenas ao exportador contribuinte se aplica a exceção que possibilita a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores, prevista no 155, inciso II e §2º, inciso X, alínea 'a' da Constituição Federal, nos artigos 7º, inciso V, e 68 do RICMS e o artigo 43 da Lei Estadual nº 6.374/1989.

Com tais fundamentos, acompanho o voto do E. Desembargador Relator quanto ao provimento do apelo adesivo fazendário a fim de manter o Item 2 do AIIM nº 3.141.869-7.

Com relação ao **Item 6 e 7** da autuação, convirjo com o E. Relator, na medida em que não há que se falar na exclusão das multas aplicadas.

A parte autora de fato descumpriu a obrigação acessória que culminou com a penalidade constante no **Item 6**, na medida em que a Portaria CAT nº 32/96 previa, à época dos fatos, a obrigatoriedade do Registro de Inventário a todos os contribuintes, conforme item 19A1.1, mesmo quando o estoque é 'zero'.

Ainda com relação ao **Item 6**, não há que se falar em erro na apuração da base de cálculo da multa (R$ 350.213.054,20) realizado pelas autoridades fiscais, na medida em que se pautou nos documentos fiscais apresentados pela própria autora no procedimento administrativo (fls. 1057/1059), notadamente o Livro de Registro de Inventário do período de 2006 e 2007.

O laudo pericial realizado nos autos não ratificou a auditoria de Ernst Young Auditores, apenas reproduziu as suas conclusões para fins informativos, não havendo elementos suficientes para infirmar a sua correção.

Ademais, a própria apelante confessa que não apresentou tempestivamente os impressos fiscais, culminando com a penalidade aplicada no **Item 7** da autuação.

A apresentação dos documentos de forma extemporânea ao Posto Fiscal de São José dos Campos, embora tenha permitido a análise das operações, não lhe isenta da penalidade aplicada, pois, de fato, desatendeu às notificações para fornecimento dos impressos fiscais durante o procedimento tributário.

Por fim, a ausência de dolo e a boa-fé na sua conduta, demonstrada pela parte autora ao longo do procedimento administrativo, notadamente com base nas manifestações de fls. 83/101; a inexistência de tributo devido nas operações

com relação às quais houve o descumprimento das obrigações acessórias; bem como a apresentação (ainda que extemporânea) dos impressos fiscais, já foram levadas em consideração por ocasião julgamento realizado no âmbito administrativo, no qual houve a redução das penalidades relativas aos Itens 6 e 7 das acusações fiscais, respectivamente em 80% (oitenta por cento) e em 50% (cinquenta por cento), com fundamento no artigo 527-A do RICMS, de forma que houve a adequação à proporcionalidade e à razoabilidade.

São estas as razões pelas quais, pelo meu voto, acompanho o E. Desembargador Relator para negar provimento ao recurso de apelação da parte autora e dar provimento ao recurso fazendário, a fim de manter o Item 2 do AIIM nº 3.141.869-7.

MARIA LAURA DE ASSIS MOURA TAVARES, 4ª Juíza

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1005084-13.2022.8.26.0157, da Comarca de Cubatão, em que são apelantes ELIANE DE SOUSA GODINHO SALES, MARIA LUCIA BASILE, SOLANGE BEZERRA PINHEIRO SILVA e IZABEL CRISTINA DUARTE ROSETE, são apelados MUNICÍPIO DE CUBATÃO e PREFEITO MUNICIPAL DE CUBATAO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram o ingresso de "amicus curiae" e negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 62.067)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente), JARBAS GOMES e OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 9 de abril de 2024.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: SERVIDORES PÚBLICOS. SUPRESSÃO DA VERBA INTITULADA «AMPLIAÇÃO DE JORNADA» NO CÁLCULO DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA. PLEITO DE RESTABELECIMENTO DESSA PARCELA. IMPOSSIBILIDADE.

- Indeferimento do pleito para ingresso na demanda (na condição de *amicus curiæ*) formulado pela Associação dos Funcionários Públicos Municipais Aposentados e Pensionistas de Cubatão - Afumapec.

- Como foi dito em recente julgado do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, «*a* amicitia curiæ *pressupõe, para sua pertinência casual, a necessidade ou, quan-*

Acesso ao Sumário

***do menos, conveniência graduada, de 'subsídios técnicos, probatórios ou jurídicos que possam contribuir para a qualidade das decisões judiciais' (ADI 2302209-63.2022 - Rel. Des. XAVIER DE AQUINO, j. 5-7-2023). Sendo bastante o que consta dos autos, tal o caso, para a compreensão dos fatos, não se avista motivo que recomende a participação processual de um auxiliar do juízo (veja-se PAULO ROBERTO DE FIGUEIREDO DANTAS, Direito processual constitucional, ed. Atlas, 2.ed., São Paulo, 2010, p. 238-239)* ».**

- «(...) O decurso do lapso temporal de 5 (cinco) anos não é causa impeditiva bastante para inibir a Administração Pública de revisar determinado ato, haja vista que a ressalva da parte final da cabeça do art. 54 da Lei nº 9.784/99 autoriza a anulação do ato a qualquer tempo, uma vez demonstrada, no âmbito do procedimento administrativo, com observância do devido processo legal, a má-fé do beneficiário. 3. As situações flagrantemente inconstitucionais não devem ser consolidadas pelo transcurso do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99, sob pena de subversão dos princípios, das regras e dos preceitos previstos na Constituição Federal de 1988. Precedentes» (STF - RE 817.338, j. 16-10-2019).

- Os Decretos municipais de Cubatão 9.360/2009 (de 8-7) e 9.632/2010 (de 1º-12) superaram o diploma normativo objeto da regulamentação, incidindo em equívoco *ultra* ou mesmo *contra legem*, padecendo, portanto, de ilegalidade, tanto que foram expressamente anulados pelo Decreto local 10.684/2017 (de 7-12). Disso resulta o princípio da autotutela, que confere à administração pública o poder de controlar os próprios atos, anulando-os quando ilegais ou revogando-os quando inconvenientes ou inoportunos sem a necessidade de atuação do poder judiciário (inteligência do verbete da súmula 473 do STF).

- O citado Decreto 10.684/2017 foi objeto de uma ação civil pública ajuizada pelo Sindicato dos Professores do Ensino Oficial do Estado de São Paulo - Apeoesp e Sindicato dos Professores Municipais de Cubatão – autos 1000134-97.2018 –. Acórdão desta 11ª Câmara

Acesso ao Sumário

de Direito Público negou provimento à apelação interposta, mantendo a r. sentença de origem que julgou improcedente a pretensão, reconhecendo, pois, a legalidade do Decreto anulatório e a ilegalidade dos anulados.
- O ato jurídico perfeito e os princípios da segurança jurídica e da irredutibilidade de vencimentos não podem ser invocados tendo como suporte fático e jurídico um ato administrativo manifestamente ilegal, tal como na espécie.
Indeferimento do ingresso de *amicus curiæ* e não provimento da apelação.

VOTO

RELATÓRIO:

Eliane de Sousa Godinho Sales e Outras impetraram mandado de segurança contra ato do Prefeito de Cubatão, visando à anulação do ato administrativo que reduziu os seus proventos, ante a supressão da parcela denominada «*ampliação de jornada/carga suplementar*», com a manutenção da base de cálculo definida no momento da aposentadoria das impetrantes.

A Promotoria pública da Comarca manifestou falta de interesse de agir no feito (*e*-pág. 335), sobrevindo a r. sentença de origem que denegou a segurança (*e*-págs. 716-20) e, do decidido, apelaram as impetrantes, arguindo e alegando (*i*) decadência do direito de a Administração pública proceder à revisão de seus proventos, (*ii*) nulidade do ato administrativo em tela, ante a irretroatividade de interpretação normativa, bem como a existência de direito adquirido previdenciário, (*iii*) que sobre a verba suprimida havia a incidência de contribuição previdenciária e, portanto, deve ser incorporada aos proventos de aposentadoria, ante os princípios da contributividade e da contrapartida, (*iv*) que a parcela denominada «*ampliação de jornada/carga suplementar*» era paga com habitualidade e com evidente caráter remuneratório, constituindo fato gerador do recolhimento previdenciário, (*v*) ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana, irredutibilidade dos vencimentos e ato jurídico perfeito, (*vi*) que o processo administrativo se deu em contrariedade aos princípios da publicidade, ampla defesa, razoabilidade e proporcionalidade, e (*vii*) ausência de fundamentação da decisão administrativa. Por fim, noticiou supostas ilegalidades da autoridade coatora contra os servidores inativos (*e*-págs. 758-76).

Respondeu- se ao recurso (*e*-págs. 784-814).

Peticionou aos autos a Associação dos Funcionários Públicos Municipais Aposentados e Pensionistas de Cubatão - Afumapec, requerendo o seu ingresso nos autos como *amicus curiæ* (*e*-págs. 1.016-20).

Acesso ao Sumário

É o relatório do necessário.

VOTO:

1. Trata-se de mandado de segurança visando a anular o ato administrativo que reduziu o valor dos proventos das impetrantes, suprimida a parcela denominada «ampliação de jornada/carga suplementar» por sua ventilada transitoriedade.

2. De partida, não parece ser caso de admissão processual da Associação dos Funcionários Públicos Municipais Aposentados e Pensionistas de Cubatão - Afumapec com a condição de *amicus curiæ* .

Dispõe o *caput* do art. 138 do Código de processo civil:

«O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação».

Como foi dito em recente julgado do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, «*a* amicitia curiæ *pressupõe, para sua pertinência casual, a necessidade ou, quando menos, conveniência graduada, de 'subsídios técnicos, probatórios ou jurídicos que possam contribuir para a qualidade das decisões judiciais' (ADI 2302209-63.2022 - Rel. Des. XAVIER DE AQUINO, j. 5-7-2023). Sendo bastante o que consta dos autos, tal o caso, para a compreensão dos fatos, não se avista motivo que recomende a participação processual de um auxiliar do juízo* (*veja-se* PAULO ROBERTO DE FIGUEIREDO DANTAS, Direito processual constitucional, *ed. Atlas, 2.ed., São Paulo, 2010, p. 238-239*)».

Indefere-se, pois, o ingresso da Associação dos Funcionários Públicos Municipais Aposentados e Pensionistas de Cubatão - Afumapec no feito.

3. Supera-se a suscitada decadência para a revisão do ato de aposentadoria, uma vez que irrelevante esse debate tendo em vista que a inclusão da verba «ampliação de jornada/carga suplementar» na base de cálculo dos benefícios se deu com base em decretos municipais declarados nulos e, portanto, não geraram efeitos no mundo jurídico.

Extrai-se trecho da ementa do acórdão proferido pelo eg. STF, com caráter de repercussão geral, no RE 817.338:

« (...) O decurso do lapso temporal de 5 (cinco) anos não é causa impeditiva bastante para inibir a Administração Pública de revisar determinado ato, haja vista que a ressalva da parte final da cabeça do art. 54 da Lei nº 9.784/99 autoriza a anulação do ato a qualquer tempo, uma vez demonstrada, no âmbito do procedimento administrativo, com observância do devido processo legal, a má-fé do beneficiário. 3. ***As situações flagrantemente inconstitucionais não devem ser consolidadas pelo transcurso do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99, sob pena de subversão dos princípios, das regras e dos***

Acesso ao Sumário

***preceitos previstos na Constituição Federal de 1988**. Precedentes »* (j. 16-10-2019 - o realce gráfico não é do original).

4. A possibilidade de ampliação da jornada dos docentes do município de Cubatão está prevista nos arts. 28 e 29 de sua Lei complementar 22/04 (de 25-6), *in verbis*:

«Art. 28 - Anualmente, havendo disponibilidade de aulas, o docente poderá optar, quando da inscrição para o processo de atribuição de aulas, pela redução ou pela ampliação de jornada de trabalho.

§ 1º - A opção pela ampliação da jornada de trabalho dar-se-á com a disponibilização das vagas remanescentes do concurso de regência.

§ 2º - O docente que optar pela redução ou ampliação de sua jornada de trabalho nos termos deste artigo, terá seus vencimentos compatibilizados com a sua escolha, durante todo o ano letivo.

Art. 29 - O docente sujeito a Jornada Parcial ou a Jornada Básica poderá exercer carga suplementar de trabalho docente, desde que o número de horas-aula semanais da jornada acrescida da carga suplementar não exceda a 40 (quarenta) horas-aula semanais» (*e*-pág. 375).

Os valores recebidos em razão do incremento da jornada laboral dos docentes passaram a ser considerados para todos os efeitos, inclusive para fins de aposentadoria, ante a edição dos Decretos municipais 9.360/2009 (de 8-7), o qual «*regulamenta os arts. 28 e 29 da Lei Complementar n° 22, de 25 de junho de 2004»,* e 9.632/2010 (de 1°-12), que *«computa para efeito de cálculo de contribuição previdenciária todas as jornadas de trabalho previstas na legislação em vigor, desde o momento de sua efetiva implantação*».

O primeiro decreto preceitua que:

«Art. 1º - As inscrições dos docentes para o processo de atribuição de classes e de aulas para o *ano subsequente serão realizadas no período de 01 a 15 de dezembro de cada ano.*

(...)

§ 3º - No momento da inscrição o docente deverá optar pela alteração ou pela manutenção de jornada ou pela carga suplementar de trabalho.

Art. 2º - A jornada de trabalho será averbada no registro funcional do docente para que sejam consideradas para todos os efeitos, inclusive para fins de aposentadoria, disponibilidade, férias, sexta-parte, licença-prêmio e licença por doença.»

O segundo, por sua vez, dispõe que:

«Art. 1º - Serão computadas para efeito de cálculo de contribuição previdenciária todas as jornadas de trabalho previstas na legislação em vigor, desde o momento de sua efetiva implantação.

Parágrafo único. Para a apuração da efetiva implantação da jornada de trabalho deverá ser considerada cumulativamente a atribuição de aulas realizada pela Secretaria da Educação e a efetiva prestação de serviços junto as unidades da Secretaria Municipal de Educação.

Art. 2º - Para o cálculo dos proventos de aposentadoria do servidor do quadro de magistério levar-se-á em conta a média aritmética da soma da jornada de trabalho e da carga suplementar dos últimos 60 meses do pedido de aposentadoria, desde que preenchidos os requisitos legais.

Parágrafo único. Quando das apurações da média aritmética para o cál-

Acesso ao Sumário

culo de proventos, considerar-se-á o primeiro número inteiro superior, quando a fração obtida no resultado seja igual ou superior a 5; devendo considerar o valor inteiro existente, quando a fração obtida no resultado for igual ou inferior a 4.
Art. 3º - Os Professores de Educação Infantil I e os integrantes da classe de suporte pedagógico terão seus proventos calculados sobre o valor de 40 horas semanais.»

Como se vê, esses decretos superaram o diploma normativo objeto da regulamentação, incidindo em equívoco *ultra* ou mesmo *contra legem*, padecendo, portanto, de ilegalidade, tanto que foram expressamente **anulados** pelo Decreto local 10.684/2017 (de 7-12). Disso resulta o princípio da autotutela, que confere à administração pública o poder de controlar os próprios atos, anulando -os quando ilegais ou revogando-os quando inconvenientes ou inoportunos sem a necessidade de atuação do poder judiciário (inteligência do verbete da súmula 473 do STF).

5. Frise-se, ademais, que o citado Decreto 10.684/2017 já foi objeto de uma ação civil pública ajuizada pelo Sindicato dos Professores do Ensino Oficial do Estado de São Paulo -Apeoesp e Sindicato dos Professores Municipais de Cubatão – autos 1000134-97.2018.

Acórdão desta 11ª Câmara de Direito Público negou provimento à apelação interposta, mantendo a r. sentença de origem que julgou improcedente a pretensão, reconhecendo, pois, a legalidade do decreto anulatório e a ilegalidade dos anulados.

Impende salientar, outrossim, que o ato jurídico perfeito e os princípios da segurança jurídica e da irredutibilidade de vencimentos, previstos, respectivamente, no art. 6º da Lei de introdução às normas do direito brasileiro - Lindb, no inciso XXXVI do art. 5º e inciso XV do art. 37, estes da Constituição federal, não podem ser invocados tendo por suporte fático e jurídico um ato administrativo manifestamente ilegal, tal como na espécie.

6. Ainda, não há impedimento jurídico a que novas leis regulem as relações estabelecidas entre os servidores públicos e a administração, o que inclui a possibilidade de extinção de vantagens, reenquadramentos, de transformações ou de classificações de cargos e funcionais.

Acesso ao Sumário

O Pleno do STF, ao julgar o MS 24.875, firmou orientação no sentido de que **o servidor público não tem direito adquirido à perseverança, por tempo indefinido, dos critérios legais que ensejaram o cálculo de sua remuneração** (j. 11-5-2006). Vale dizer, segundo o mesmo STF, que **não há direito adquirido a regime jurídico**.

7. Quanto à incidência de contribuição previdenciária sobre a verba *sub examine*, cumpre destacar que apesar de ter havido o recolhimento da contribuição previdenciária sobre a verba que ora se pretende restabelecer, as impetrantes receberam esta parcela em seus proventos ao menos até 2017 e setembro/outubro de 2022 (*e*-págs. 4, 41, 46, 55, 61 e 530-619), não há falar em violação aos

princípios da contributividade e da contrapartida, tampouco em enriquecimento ilícito da Fazenda pública municipal.

8. Não prospera a cogitada afronta ao dever de motivação, já que as decisões administrativas objeto estão fundamentadas, levando-se em conta o parecer jurídico da Administração cubatense (*e*-págs. 483-92).

Devem ser afastadas também as afirmações de afronta aos princípios do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, legalidade ou qualquer outro vício capaz de macular o processo administrativo, já que as decisões administrativas foram fundamentadas e as suplicantes foram intimadas de todos os atos processuais administrativos, conforme informação do Diretor do Departamento de Gestão de Pessoas do Município de Cubatão que ainda esclareceu «*embora não ter sido apreciado no PA nº 14012/2022, protocolado em 03/11/2022, no qual seu advogado requer informações sobre o PA nº 6876/2007, que trata da aposentadoria da autora, esse ficou disponibilizado para consulta e retirada de cópias, no qual consta a decisão do Senhor Chefe do Executivo*» (*e*-págs. 518-29).

9. Por todo o exposto, considerando que os atos administrativos eivados de vícios que os tornem ilegais não geram, em regra, direitos aos administrados, e tendo em vista que a inocorrência de decadência ou outra questão de ordem pública idônea a amparar a pretensão da autora, era o caso mesmo de denegar-se a segurança.

10. No mesmo sentido, precedentes cônsonos deste Tribunal:

«Servidor público municipal – Município de Cubatão – Pretendida a inclusão da verba "Ampliação de Jornada" na base de cálculo das contribuições previdenciárias do impetrante, para viabilizar a incorporação da verba nos seus proventos de aposentadoria por ocasião da sua jubilação – Impossibilidade – Declaração de nulidade dos Decretos Municipais nº 9.360/09 e 9.632/10, bem como dos atos administrativos deles decorrentes e os efeitos por eles produzidos, nos termos do Decreto nº 10.684/17 – Regularidade da autotutela administrativa, reconhecendo o erro na efetiva atividade legislativa através de atos infralegais que extrapolaram os limites da norma regulamentada (LCM nº 22/04), pondo-se ainda em conflito com norma legal definidora da base de cálculo da contribuição previdenciária (LM 3.039/05) – Anulação corroborada no julgamento de Ação Civil Pública ajuizada pelo Sindicato dos Professores Municipais (ACP nº 1000134- 97.2018.8.26.0157, julgada pela C. 11ª Câmara de Direito Público) – Superveniência da LCM n.º 130/23 que não altera o direito do impetrante – Alegação de enriquecimento sem causa que não induz na perpetuação dos descontos pretendidos – Recurso desprovido» (AC 1001613-52.2023, Rel. Des. OSCILD DE LIMA JÚNIOR, j. 9-2-2024).

«Servidora pública municipal inativa – Município de Cubatão – Ato administrativo que reduziu os proventos de aposentadoria, em razão da declaração de nulidade dos Decretos Municipais nº 9.360/09 e 9.632/10, bem como dos atos administrativos deles decorrentes e os efeitos por eles produzidos, nos termos do Decreto nº 10.684/17 – Regularidade da autotutela administrativa, reconhecendo o erro na efetiva atividade

legislativa através de atos infralegais que extrapolaram os limites da norma regulamentada (LCM nº 22/04), pondo-se ainda em conflito com norma legal definidora da base de cálculo da contribuição previdenciária (LM 3.039/05) – Anulação corroborada no julgamento de Ação Civil Pública ajuizada pelo Sindicato dos Professores Municipais (ACP nº 1000134-97.2018.8.26.0157, julgada pela C. 11ª Câmara de Direito Público) – Precedentes – Manifestação de desistência do pedido de repetição das contribuições previdenciárias recolhidas – Manutenção da sentença de improcedência, observado que o presente julgamento não obsta nova revisão administrativa nos termos da recente LCM nº 130/23 – Recurso da autora desprovido, com observação;

Honorários sucumbenciais – Fixação na origem nos termos do art. 85, § 8º do CPC, ausentes as hipóteses legais – Determinada a aplicação do disposto no § 4º, III do mesmo artigo – Recurso do Município provido – Recurso da autora desprovido, com observação, provido o do Município de Cubatão» (AC 100522532.2022, Rel. Des. LUCIANA BRESCIANI, j. 27-9-2023).

«Pretensão da Autora à anulação do ato administrativo que reduziu o valor de seus proventos de aposentadoria – Decretos Municipais nº 9.360/2009, nº 9.632/2010 e nº 10.687/2017 – Ausência de cerceamento de defesa – Mérito – Impossibilidade – Ilegalidade do Decreto Municipal nº 9.632/2010, anulado pelo Decreto Municipal nº 10.687/2017, reconhecida nos autos da Ação Civil Pública nº 1000134-97.2018.8.26.0157 – Coisa julgada erga omnes Art. 16 da LACP – Rejeição de todas as alegações que, em tese, poderiam levar ao acolhimento do pedido de inclusão da ampliação de jornada de trabalho e da carga suplementar de trabalho docente nos proventos da Autora – Art. 508 do CPC – Inexistência de nulidade no processo administrativo – Possibilidade de intimação pelo Diário Oficial nos termos da Lei Municipal – Impossibilidade de restituição das contribuições previdenciárias recolhidas, sob pena de enriquecimento ilícito – Ausência de dano moral indenizável – Sentença de improcedência mantida – Apelação desprovida» (AC 1005016-63.2022, Rel. Des. ANA LIARTE, j. 5-9-2023).

- «Professora de Ensino Fundamental II aposentada – Cubatão – Pretensão de restabelecimento de sistemática de cálculo de proventos prevista no Decreto Municipal nº 9.632/10, com a inclusão das verbas "ampliação de jornada" e "carga suplementar" – Norma invocada que, dado o caráter transitório das verbas em questão e diante da extrapolação dos limites do poder regulamentar do Executivo Municipal, foi anulada pelo Decreto Municipal nº 10.684/17 – Anulação ratificada, ainda, por ocasião do julgamento da ACP nº 1000134-97.2018.8.26.0157 – Pedido de repetição dos valores recolhidos a maior a título de contribuição previdenciária que, dadas as particularidades do caso concreto, não comporta acolhimento – Requerente que recebeu proventos cerca de 100% superiores ao devido entre 2016 e 2022 – Ainda que irrepetível, o recebimento desses valores deve ser considerado a fim de evitar enriquecimento sem causa da autora, que já obteve compensação adequada pelos descontos irregularmente efetuados – Recurso não provido» (AC 1005038-24.2022, Rel. Des. ALIENDE RIBEIRO, j. 14-8-2023, confira-se, ainda: AC 1005212-33.2022, Rel. Des. DJALMA LOFRANO FILHO, j. 16-8-2023).

Acesso ao Sumário

11. Averba-se, por fim, que o «*histórico de ilegalidades da autoridade coatora em face dos inativos*» apontado pelas impetrantes em suas manifestações é matéria estranha aos autos (*e*-págs. 14-5 e 776-7).

12. Ressalta-se, por fim, em ordem ao prequestionamento indispensável ao recurso especial e ao recurso extraordinário, que todos os preceitos referidos nos autos se encontram, *quodammodo* , albergados nas questões decididas.

POSTO ISSO, pelo meu voto, indefiro o pedido de ingresso da Associação dos Funcionários Públicos Municipais Aposentados e Pensionistas de Cubatão - Afumapec no feito e nego provimento à apelação interposta por Eliane de Sousa Godinho Sales e Outras, mantendo-se a r. sentença proferida nos autos de origem 1005084-13.2022 da digna 2ª Vara da Comarca de Cubatão.

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 1042662-76.2021.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante/apelado BRUNO DE JESUS ESPÍRITO SANTO, é apelado/apelante UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS - UNICAMP.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso da Unicamp e negaram provimento ao recurso do autor. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.782)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 15 de abril de 2024.

NOGUEIRA DIEFENTHALER, Relator

Ementa: RECURSOS DE APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER. INTOLERÂNCIA DE CRENÇA RELIGIOSA. REPROVAÇÃO EM EXAME DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO. DESIGNAÇÃO DE NOVA BANCA DE AVALIAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REVERSÃO DE DECISÃO PROFERIDA EM BANCA DE MESTRADO.

1. Trata-se de exame sobre recursos de apelação interpostos contra a r. sentença por meio da qual o DD.

Acesso ao Sumário

Magistrado a quo, em ação indenizatória cumulada com obrigação de fazer ajuizada em face da Universidade Estadual de Campinas - Unicamp, julgou parcialmente procedente o pedido autoral para determinar a realização de nova defesa da dissertação de mestrado, sob a direção de outra banca examinadora a dar-se no prazo de cento e oitenta dias contado do trânsito em julgado.

2. Impossibilidade de anulação do ato que reprovou o aluno em exame de defesa de dissertação de mestrado. Tema 485 do STF: "Não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo ocorrência de ilegalidade ou de inconstitucionalidade".

3. Ato de reprovação fundamentado na insuficiência do cumprimento das exigências acadêmicas na revisão da tese de dissertação de mestrado do candidato. Retificação insuficiente do trabalho entregue no prazo concedido pela Banca, notadamente no que importa aos ajustes de forma e de conteúdo, correções e adequações apontadas pelos avaliadores durante a defesa. Reprovação motivada. Reforma da r. sentença.

4. Danos morais que teriam sido ocasionados por discriminação religiosa da orientadora e da banca examinadora. Alegação autoral de que sofre abalo psíquico emocional e humilhação diante da discriminação religiosa que teria sido levada a cabo pela orientadora e pela banca examinadora. Não-configuração de danos morais. A alusão ao fato de uma dissertação deva obedecer perspectivas metodológicas não implica abalo moral a justificar a condenação da requerida ao pagamento de indenização.

Recurso da UNICAMP provido, desprovido o apelo do autor.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

Trata-se de interposição de recursos de apelação em desproveito do conteúdo decisório dado a lume pela r. sentença de fls. 1.703/1.705 por meio da

qual o DD. Magistrado *a quo*, em ação indenizatória cumulada com obrigação de fazer ajuizada por Bruno de Jesus Espírito Santo em face da Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP, julgou parcialmente procedente o pedido autoral *para determinar a realização de nova defesa da dissertação de mestrado, com outra banca examinadora, no prazo de cento e oitenta dias contados do trânsito em julgado*. Em razão da sucumbência, o d. Julgador condenou a autarquia ao pagamento de honorários arbitrados em R$1.500,00, por equidade, e o requerente, em 5% sobre o valor da causa, ressalvada a gratuidade da justiça.

Por meio das razões recursais, a parte autora busca a revisão da sentença objetivando alcançar provimento de procedência do pedido de indenização de danos morais ocasionados por presumível reprovação injustificada lavrada por ocasião de sustentação de dissertação apresentada em face da banca de Mestrado. Discorre que a evidente discriminação religiosa externada por sua orientadora, presumivelmente aceita pelos demais membros do colegiado acadêmico, o autor entrou em estado de depressão profunda, ansiedade, e evoluiu para um quadro psicológico que suscitou uma tentativa de suicídio. Diante do preconceito religioso dado a conhecer, experimentou outrossim, episódios de sofrimento e humilhação, dor moral intensa. Suscita aplicação da teoria da responsabilidade objetiva para o caso concreto.

Por sua vez, a UNICAMP, preliminarmente alega ocorrência de erro de procedimento, porquanto não foi oportunizado direito de resposta no que se refere à suposta suspeição dos membros da banca examinadora, em violação ao art. 10 do CPC, ou seja, houve prolação de decisão surpresa com fundamento em tese que sequer foi aventada pelo autor. No mérito, sustenta que: a).- a suspeição declarada relativamente à banca examinadora não se aplicaria ao contexto acadêmico, posto que no exame de defesa de dissertação não há margem para subjetivismo, tampouco imparcialidade, logo descaberia aplicar o instituto analogicamente ao meio acadêmico; b).- não há previsão regimental no tocante a prazo (aliás, concedido) assinado pela d. banca para o refazimento do trabalho, porquanto as adequações de forma e de conteúdo sugeridas foram devidamente registradas em ata; e, c).- alega que ao se determinar realização de nova defesa a ser submetida ao crivo de outra banca examinadora, a sentença avançou sobre o tema do mérito administrativo, bem como violara-se assim o *Regimento de Pós-graduação*. Ademais, sustenta-se que o autor demonstrou por meio de mensagens ao setor do Programa de Pós-Graduação, comportamento inconstante, instável, e intempestivo, eventos por sua vez, pautaram as acusações de intolerância religiosa, nas de perseguição pessoal. Mesma conclusão se tira a partir de leituras de e-mails etc. Os atos do autor uma vez confrontados com as demais atitudes, como as de retratação das investidas praticadas contra os componentes da Banca, suporiam algum descontrole psíquico.

Recursos devidamente processados e instruídos com as contrarrazões das

Acesso ao Sumário

partes adversas.

É o relatório. Passa-se ao voto.

Acham-se presentes os pressupostos objetivos de recorribilidade, logo, conheço dos recursos.

Inicialmente, a preliminar de nulidade da sentença invocada pela UNICAMP, por sua vez fundada na alegada ofensa ao artigo 10º do Código de Processo Civil será rejeitada. Assim o considero, de vez que, muito embora a recorrente não fora intimada para contradizer a suspeição, ainda que houvesse a objeção a respeito desta invectiva, dificilmente eventual prévia manifestação da parte geraria efeito sobre o convencimento do julgador, ou seja, não interferiria com necessária potência na qualidade do contraditório e no espectro do princípio da ampla defesa.

Nesse sentido:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ROUBO A AGÊNCIA BANCÁRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA DE VIGILÂNCIA PARA COM A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. INEXISTÊNCIA. CULPA NÃO DEMONSTRADA. CLÁUSULA CONTRATUAL DE GARANTIA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. RESTRIÇÃO LEGAL E REGULAMENTAR AO ARMAMENTO UTILIZADO EM VIGILÂNCIA PRIVADA.

1. No sistema de persuasão racional adotado pelo Código de Processo Civil nos arts. 130 e 131, em regra, não cabe compelir o magistrado a autorizar a produção desta ou daquela prova, se por outros meios estiver convencido da verdade dos fatos, tendo em vista que o juiz é o destinatário final da prova, a quem cabe a análise da conveniência e necessidade da sua produção. Ademais, se o próprio autor não demonstrou interesse em viabilizar a colheita de prova testemunhal, cuja oitiva, a seu pedido, havia sido antes adiada, descabe falar em cerceamento de defesa, visto que impera, no direito processual civil brasileiro, o princípio dispositivo.

2. O fato de o magistrado não facultar a apresentação de alegações finais, oralmente ou por memoriais (CPC, art. 454, § 3º), não acarreta, por si só, nulidade da sentença ou *error in procedendo*.

Isso porque, além de tal expediente consubstanciar uma faculdade do juiz – quem se apresenta, repita-se, como destinatário final das provas –, não há nulidade a ser declarada sem a demonstração de efetivo prejuízo, o qual, na hipótese dos autos, não está configurado.

3. O banco não é consumidor final dos serviços prestados pela empresa de vigilância contratada. Na verdade, o serviço de segurança faz parte do próprio feixe de serviços ofertados ao consumidor final pela instituição financeira, serviço esse de contratação obrigatória ou de prestação direta pela própria casa bancária, nos termos da Lei n. 7.102/1983.

4. Não há comprovação de que o preposto da empresa ré, ora recorrida, contribuiu de alguma maneira para o evento danoso. Ainda que o segurança não tivesse aberto a porta giratória da agência bancária, tal provi-

dência seria absolutamente inócua diante do potencial ofensivo do grupo criminoso, composto de oito integrantes, que se apresentaram para a prática do delito armados com fuzis.
Incidência da Súmula 7/STJ.
5. A cláusula contratual que impõe à contratada o dever de "obstar assaltos" e de "garantir a preservação do patrimônio da contratante" não tem – e nem poderia ter – o alcance pretendido pelo recorrente.
A Lei n. 7.102/1983 – que dispõe sobre serviço de segurança para estabelecimentos financeiros – restringe o armamento a ser utilizado por vigilantes não empenhados em transporte de valores, como os que se encontram permanentemente no interior de agências bancárias. Na mesma linha, o Decreto
n. 89.056/1983, a Lei n. 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) e a Portaria n. 387/2006 do Departamento de Polícia Federal/MJ.
6. Portanto, se a própria legislação e atos normativos infralegais impõem limitação aos meios de segurança a ser utilizados por empresas de vigilância privada – notadamente ao vigilante que se encontra no interior da agência bancária –, a proteção oferecida a instituições financeiras contratantes também há de ser tida por limitada. Caso contrário, ter-se-ia de exigir das empresas contratadas posturas muitas vezes contrárias às normas que regulamentam a atividade.
7. Com efeito, o contrato de segurança privada é de ser tido como constitutivo de obrigação de meio, consistente no dever de a empresa contratada, mediante seus agentes de vigilância, envidar todos os esforços razoáveis a evitar danos ao patrimônio da contratante e de proceder com a diligência condizente com os riscos inerentes ao pacto. Todavia, descabe exigir dos seguranças – que portam armamento limitado por imposição legal – atitudes heroicas perante grupo criminoso fortemente armado.
8. Não fosse assim – além de patentear o completo desprezo à vida humana –, o contrato de vigilância transformar-se-ia em verdadeiro contrato de seguro, olvidando-se de que a própria Lei n. 7.102/1983 trata do seguro de estabelecimentos bancários como medida complementar ao serviço obrigatório de segurança armada.
9. Recurso especial não provido.
(REsp n. 1.329.831/MA, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/3/2015, DJe de 5/5/2015.)

No tocante ao mérito, sustém-se o debate judiciário em âmbito que tem a ver com o questionamento do ato de reprovação do autor por ocasião da prova de arguição de mestrado. É dizer, a lógica que informou o ato administrativo colocou-se sob crivo contraditório por conta de acidentes no longo processo de avaliação da dissertação. Pergunta-se: o desconceito oficializado pela Banca em relação ao trabalho apresentado pelo autor da ação, fora ou não revestido de legalidade e formalidade, acha-se ou não atento a princípios constitucionais? Neste aspecto, registre-se como certo que a senhora orientadora promanara um

Acesso ao Sumário

juízo sobre conceitos da afiliação religiosa do examinando, ou seja, uma crítica consubstanciada em expressões sobre as quais silenciaram os demais integrantes da banca examinadora.

Submeteu-se o autor entretanto, a exame realizado pela douta banca de mestrado no dia 18 de junho de 2021, ocasião em que arguiu a dissertação escrita para o *Programa de Pós- Graduação em Linguística do Instituto de Estudos da Linguagem da Universidade Estadual de Campinas.* Conquanto o autor assimilasse algum caráter negativo no tocante à observação expressada pela banca sobre o espiritismo, ainda assim foi aprovado, mas sob a condição de refazimento da sua tese em 60 dias, conforme consta da ata da sessão pública de defesa de dissertação para obtenção do título de Mestre em Linguística (a fls. 23/24). Porém após a entrega do trabalho, fora novamente reprovado, todavia nesta oportunidade, sob o fundamento de que não procedeu aos ajustes de forma e de conteúdo que os docentes recomendaram (vide parecer de fls. 30/32).

Por meio desta ação, busca-se a nulidade da reprovação a fim de que se seja revista a decisão da banca, bem a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais fundada em discriminação religiosa. Acolhendo parcialmente procedente pretensão o Juízo *a quo*, ordenou realização de nova defesa da dissertação de mestrado, mas, sujeita ao crivo de outra banca examinadora, no prazo de cento e oitenta dias contados do trânsito em julgado do aresto judicial.

Pois bem.

Respeitada a intelecção veiculada por meio da r. sentença, no sentido de que a solução razoável para dirimir a controvérsia alusiva ao episódio da avaliação da dissertação do autor na defesa de sua tese de mestrado se daria oportunizando novo exame, assiste razão à UNICAMP ao redarguir o caso julgado com a tese de impossibilidade de o Poder Judiciário substituir a banca examinadora, cumprindo papel que cabe à Reitoria observados os regulamentos próprios. É vedado, portanto, o reexame dos critérios de correção utilizados por seus membros. Ou seja, não será possível interferir na autonomia universitária senão em condições muito excepcionais, por exemplo, as que comprovem ofensas concretas à legislação ou aos direitos fundamentais da pessoa humana. E não é este o caso. Imputa-se à Banca o eiva de ter agido com e mediante a supressão do respeito à livre expressão da fé religiosa. Ora, não obstante a hipótese de suspeição emane de situações tais como amizade ou inimizade, nesta demanda não houve por parte do julgamento indícios fortes o bastante que conotassem algum desvio subjetivo que contaminasse por sua vez, a própria decisão. No caso concreto, constatou-se que os examinadores conduziram os trabalhos sem desprezo à imparcialidade. Formularam questionamentos e opiniões sobre o trabalho apresentado pelo autor; considere-se também que tão logo alterada a escrita, ou seja ainda ao tempo da válido para cumprir o ato de dissertação, o autor da pre-

Acesso ao Sumário

sente demanda foi considerado aprovado, contudo, sob a condição de retificar seu trabalho. Nesse sentir, depreende-se não haver desfavorecimento pessoal, isto é, algum tipo animo dirigido contra o autor, por parte da banca avaliadora. O simples ato de revelar uma ou várias insuficiências no trabalho apresentado não quer significar outra coisa senão o exercício da própria função, do dever de examinar e de corrigir, ou seja, faz parte da avaliação, e não poderia ser de modo diferente. Enfim, não há fundamento que embase o argumento sobre quebra da imparcialidade ao longo da avaliação do candidato.

Entrementes, o instituto da suspeição previsto no artigo 145 do Código de Processo Civil foi arguido por via análoga conforme análise da situação verificada na análise do caso concreto, em razão de uma questão da causa de pedir que tem a ver com certo grau de subjetividade que teria maculado a avaliação do trabalho do autor. Insubsistente essa analogia, qual seja, a fundada dúvida de suspeição dos membros da banca examinadora, de vez que procederam ao exame conforme parâmetros e dizeres do regulamento. Com efeito, não há lugar para o falar em suspeição, que segundo o autor, ocorrera ao longo da análise da correção da versão retificada do trabalho ofertada pelo autor. Ora, na medida em que, conforme já visto no relatório acima, fora o autor aprovado com condição para refazimento da sua tese no prazo de 60 dias, nas condições e limites prescritos pela Banca Examinadora e registrados em ata, essa condição que se pretendeu conotar aos trabalhos dos docentes não se apresenta, reiteramos, de forma alguma. Ora, leiamos os termos do artigo 42, inciso II, do Regimento Geral dos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* e dos Cursos *Lato Sensu*:

> Artigo 42 - A Comissão Examinadora emitirá parecer fundamentado sobre a defesa, que será encaminhado pela CPG e submetido à aprovação da Comissão Central de Pós-Graduação - CCPG, no ato da homologação.
> § 1º - A decisão da Comissão Examinadora será tomada pela maioria de seus membros, podendo o resultado da defesa ser:
> I – aprovado;
> II – aprovado, desde que a dissertação ou tese seja corrigida e entregue no prazo de 60 dias, nos termos sugeridos pela Comissão Examinadora e registrados em Ata;
> III – reprovado.
> § 2º - No caso do não atendimento da condição prevista no inciso II no prazo estipulado, com entrega da versão corrigida para a Comissão de Pós-Graduação - CPG da Unidade, atestada pelo orientador ou pela Comissão Examinadora, o aluno será considerado reprovado.

O exame da causa em curso evidencia que o autor foi considerado aprovado sob o modo condicional pela *Comissão Examinadora* e nos termos do dispositivo regimental supracitado, conforme se constata do documento juntado pelo autor a fls. 23/24. Houve recomendação prescrita pela Banca para refazimento de partes textuais da sua tese com apontamentos e observações pontuais para correção e adequação do trabalho, conforme se observa do documento de fls. 47/189, exigências acadêmicas constantes do Parecer da Comissão de fls.

Acesso ao Sumário

1.007. Contudo, após análise da dissertação entregue no prazo concedido ao autor para retificação de sua tese, foi a final reprovado por deliberação do Instituto de Estudos de Linguagem nos termos do "PARECER SOBRE A VERSÃO FINAL ENCAMINHADA À BANCA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO DO CANDIDATO BRUNO DE JESUS ESPÍRITO SANTO", decisão lavrada sob o fundamento de ausência dos ajustes de forma e de conteúdo, falta das correções e adequações apontadas pelos avaliadores durante a defesa, a propósito de inconsistências formais verificadas na revisão do trabalho (vide fls. 1.242/1.243).

De modo algum beneficia o autor o entendimento segundo o qual levantou-se a hipótese de desamparo pela ausência de orientação no refazimento do seu trabalho como descrito na sentença, dado que, conforme demonstrado pela UNICAMP as exigências acadêmicas para refazimento da dissertação com apontamentos e observações, constaram expressamente do documento de fls. 47/189, nos termos ata emitida em Parecer da Comissão (fls. 1.007). Ou seja, foi-lhe dispensado o necessário para suprir as lacunas observadas pela Banca.

Sabe-se que ao Poder Judiciário não compete cumprir o papel de administrador. A ele não calha proceder a escolhas de conveniência e apontar os modos e a oportunidade. Nesse sentido, o controle de atos que não concordem com os princípios da legalidade e da razoabilidade, sujeitam-se ao crivo judiciário. Esse controle, portanto, permite ao particular desfazer as presunções que corram em favor da administração, até como consequência do Estado de Direito, de vez que tomar como absolutas as presunções é pensamento que pavimenta a senda em direção de um horizonte de abusos administrativos; todavia, no caso presente, não detectamos aludidos vícios no agir dos membros da banca examinadora.

A propósito anoto que apesar de uma sucessão de manifestações de menosprezo e desapreço publicadas nas redes sociais do autor e pelo autor voltadas aos examinadores (veiculadas após submetido à Banca), não se presume forçosamente que a avaliação fora intensamente subjetiva, como assim o entendeu o digno prolator da sentença.[1] Isso porque, a reprovação do aluno fora devi-

Acesso ao Sumário

1 Excerto da r. sentença: "*Porém, logo depois da defesa da dissertação o requerente encaminhou e-mail à professora Isabella Tardin Cardoso acusando os membros da banca de intolerância religiosa (fls. 992). Seguiram-se postagens em redes sociais e denúncia formulada junto à Procuradora da Universidade, no início de julho (fls. 980). Nesse contexto, é totalmente plausível a suposição de que os membros da banca não teriam a serenidade necessária à conclusão do trabalho, uma vez que a aprovação condicional exigia que analisassem a versão retificada da dissertação em sessenta dias. Embora não haja no âmbito da Universidade instituto similar à suspeição do Código de Processo Civil, é certo que, durante esses sessenta dias, o requerente não teria como solicitar apoio à sua orientadora, que acabara de denunciar à Procuradoria. Como a aprovação condicional é situação excepcional, não alegou a autarquia a existência de norma que dispense o orientador de prosseguir em seu trabalho de orientação até a entrega da versão retificada. Deve-se entender, pois, que a ausência de orientação nesse período prejudicou o requerente. Tampouco se poderia exigir dos demais membros da banca uma análise absolutamente isenta da versão revisada da dissertação. Não se trata de questionar subjetivamente os membros da banca – no Código de Processo Civil, a norma é objetiva (deve ser considerado suspeito o juiz amigo íntimo ou inimigo da parte, independendo da intenção subjetiva do julgador em abstrair-se de sua amizade ou inimizade e efetuar um julgamento imparcial). É certo ainda que, tomando-se o Código de Processo Civil como referência, não pode alegar suspeição a parte que a*

damente motivada, sobretudo por que dado ao autor o dever de adimplemento de uma condição, quer dizer, o do refazimento da dissertação de mestrado, algo que recusou.

A jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal é unânime no sentido de que os critérios subjetivos observados pelos examinadores não podem ser reavaliados no Judiciário, conforme a tese assentada no Tema nº 485: "*Não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo ocorrência de ilegalidade ou de inconstitucionalidade*":

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282/STF. NECESSIDADE DO REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. CORREÇÃO DE PROVA. CRITÉRIOS ADOTADOS PELA BANCA EXAMINADORA. SUBSTITUIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TEMA 485 DA REPERCUSSÃO GERAL.AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I - Ausência de prequestionamento da matéria constitucional. Incidência da Súmula 282/STF. A tardia alegação de ofensa ao texto constitucional, apenas deduzida em embargos de declaração, não supre o prequestionamento. II - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, faz-se necessário o exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que inviabiliza o extraordinário com base na Súmula 279 STF. III - O Poder Judiciário não pode substituir banca examinadora para analisar gabarito de questão de concurso público. Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário verificar a compatibilidade entre o conteúdo das questões do certame com as cláusulas do edital, conforme revela o RE 632.853/CE (Tema 485 da Repercussão Geral). IV - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4°, do CPC/2015. (ARE 1332852, AgR Órgão julgador: Segunda Turma, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 06/06/2022, Publicação: 08/06/2022)
>
> EMENTA: AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÃO. CONTEÚDO FLAGRANTEMENTE ILEGAL OU INCONSTITUCIONAL. PODER JUDICIÁRIO. INTERVENÇÃO. EXCEPCIONALIDADE JUSTIFICADA. TEMA N. 485 DA REPERCUSSÃO GERAL. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Tema n. 485 da sistemática da repercussão geral, fixou a seguinte tese: "Não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo ocorrência de ilegalidade ou de

provocou (artigo 145, § 2º, I); porém, não se vislumbra no caso que as representações contra os membros da banca tenham sido efetuadas com o objetivo deliberado de obter o seu afastamento e substituição por outros docentes. Se o requerente efetuou a representação num primeiro momento, é porque, em sua forma de pensar, considerando os transtornos psiquiátricos de que sofre (fls. 41), realmente se sentiu vítima de intolerância religiosa. Nesses termos, não se pode dizer que o requerente tenha conscientemente provocado situação análoga à suspeição. Portanto, sem que dessa decisão se depreenda qualquer questionamento aos membros da banca e à sua autoridade, a solução que se mostra razoável é determinar-se a realização de nova defesa da dissertação de mestrado, com outra banca examinadora".

inconstitucionalidade". Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame. 2. Uma vez constatado erro grosseiro na correção de questões do certame, surge justificada a atuação excepcional do Poder Judiciário. 3. Agravo interno desprovido. Acórdão(s) citado(s): (PODER JUDICIÁRIO, SUBSTITUIÇÃO, BANCA EXAMINADORA, CONCURSO PÚBLICO, EXCEPCIONALIDADE) RE 632853 (TP). Número de páginas: 10. Análise: 31/10/2023, BMP.EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO EM 17.03.2023. AÇÃO RESCISÓRIA. CONCURSO PÚBLICO PARA OUTORGA DE DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTROS. TEMA 485 DA REPERCUSSÃO GERAL. CRITÉRIOS ADOTADOS POR BANCA EXAMINADORA. SUBSTITUIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. O acórdão recorrido destoa da jurisprudência desta Corte, sedimentada no julgamento do RE RG 632.853, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 29.06.2015 (tema 485), no sentido de que não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora de concurso para avaliar respostas dadas às questões e notas pertinentes, salvo na hipótese de ilegalidade, de ocorrência de erro flagrante nas questões impugnadas, o que não se verificou na hipótese em análise. 2. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa do art. 1.021, §4º, CPC c/c art. 81, § 2º, do CPC. Majorados em ¼ (um quarto) os honorários fixados anteriormente, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, devendo ser observados os §§ 2º e 3º do mesmo dispositivo e a suspensão da exigibilidade, no caso de eventual deferimento do benefício da justiça gratuita. (RE 1385684 AgR, Relator: EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 18-10-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 16-11-2023 PUBLIC 17-11-2023)

AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECISÃO AGRAVADA QUE APLICOU O TEMA 485, DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O Plenário desta CORTE, no julgamento do RE 632.853-RG (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 485), fixou tese no sentido de que "não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas". 2. O Tribunal de origem, contrariando a jurisprudência desta CORTE, entrou no mérito do ato administrativo e efetivamente substituiu a banca examinadora na correção de questões de concurso público, em evidente violação ao princípio da separação dos Poderes. 3. Decisão agravada que deu provimento aos Recursos Extraordinários dos ora agravados, aplicando a tese formada no referido precedente paradigma. 4. Agravo Interno a que se nega provimento. (RE 1223091 AgR, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 11-10-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 24-10-2019 PUBLIC 25-10-2019).

No mesmo sentido, a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça prestigia mencionado entendimento:

APELAÇÃO – Ação de rito ordinário c/c antecipação dos efeitos da tutela – Pedidos de deferimento da matrícula definitiva do demandante no Cur-

Acesso ao Sumário

so de Aperfeiçoamento de Oficiais - CAO e subsidiariamente a promoção do autor ao cargo de Major da PM, com pagamentos retroativos das diferenças entre o salário de Capitão e o de Major a contar da data em que deixou de ser promovido – Inadmissibilidade. Não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora, ainda que de seleção interna, para reexaminar a etapa de defesa oral do pré-projeto de monografia, requisito para ingresso no CAO - Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais para Capitães da PMESP, que tem nível equivalente ao de mestrado, salvo ocorrência de ilegalidade ou de inconstitucionalidade – Incidência do Tema nº 485 de Repercussão Geral do C. STF. Inocorrência de qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade que autorize a pretendida anulação ou revisão para permitir a participação do autor em concurso interno de seleção para curso de aperfeiçoamento de oficiais. RECURSO DESPROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1006549-44.2023.8.26.0053; Relator: Antonio Celso Faria; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 7ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 02/10/2023; Data de Registro: 02/10/2023)

PROCESSO CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – FUNDAMENTAÇÃO – Houve suficiente fundamentação dos motivos pelos quais o r. Juízo 'a quo' concluiu pela denegação da segurança – Motivação sucinta e descontentamento da parte em relação ao entendimento do Magistrado que não implicam em nulidade – Inteligência do art. 93, IX, da CF e dos artigos 371 e 489, II, ambos do CPC/2015 – Precedentes do C. STJ – Preliminar rejeitada. ADMINISTRATIVO – MANADADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PSICÓLOGO JUDICIÁRIO – ANÁLISE DOS TÍTULOS DOS CANDIDATOS – 'Mestrado em Educação Especial' obtido pela impetrante que não se enquadra na previsão editalícia de 'Mestrado em Psicologia' – Embora a Educação especial tenha interseções com a Psicologia em uma visão multidisciplinar com ela não se confunde, vez que representam ramos diversos do conhecimento – Inteligência do art. 58, 'caput', da Lei nº 9.394/96 – Banca Examinadora que avaliou, dentro do seu juízo discricionário, os títulos apresentados pela impetrante relacionados à 'participação em congressos, seminários, encontros e simpósios relacionados à Psicologia, no campo do menor e família, realizados nos últimos três anos anteriores à data de abertura das inscrições do presente concurso' – Inviabilidade de o Judiciário se imiscuir no mérito administrativo, salvo flagrante ilegalidade, sob pena de violação à separação de Poderes – Inteligência do art. 2º da CF – Impetrante que comprovou os requisitos exigidos pelo edital relativos às pós-graduações 'latu sensu' (especializações) na área da Psicologia, fazendo jus, portanto, ao acréscimo de 0,6 (seis décimos) na 'Nota dos Títulos', que não se confunde com a 'Nota Final' – Sentença reformada – Recurso parcialmente provido. (TJSP; Apelação Cível 0013321-15.2018.8.26.0506; Relator: Carlos von Adamek; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Ribeirão Preto - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 20/03/2019; Data de Registro: 20/03/2019)

Dissipando a controvérsia existente acerca do exame do Judiciário acerca dos critérios de avaliação arbitrários, desarrazoados ou desproporcionais, em caso de provas orais, consabido que a avaliação se guiará a critério dos exa-

Acesso ao Sumário

minadores, de tal modo que a valoração do desempenho obtido pelo candidato é ato discricionário da Banca Examinadora, que é a propósito, especialmente constituída para produzir esse ato, e não apenas isso: é sumamente habilitada para cumprir esta missão – fato indiscutível – como comprovam os currículos Lattes dos membros da Banca a fls. 1.446/1.611.

Conquanto as ocorrências levantadas pela UNINCAMP no decorrer do curso acadêmico, durante e após a defesa da dissertação, assim como as intercorrências consumadas pelo autor por questões de ordem pessoal neste ínterim, fossem demonstradas nos documentos juntados ao longo do debate judicial, pondero não haver lugar para análise dos aludidos pormenores, notadamente, porque não se antevê sobremaneira relevância de valor jurídico que os ligassem ao presente debate.

No que tange ao pleito indenizatório, conquanto tenhamos por induvidoso um fato, a experimentação de dissabores em razão dos fatos narrados, haveremos de convir, v.g. que o caso concretamente não foi além de um aborrecimento, de todo superável e que não haverá de deixar marcas indeléveis na personalidade do autor.

Tomando essa diretriz por eixo de valor, estimamos que a indenização em casos de dano moral aperfeiçoa-se na medida em que fatos graves, subjetivamente danosos, e, também os danos materiais, em concurso ou não com eles, sejam de tal ordem potentes que causem indiscutível e consistente lesão na esfera psicológica da pessoa humana. Às vezes, um dano estético, outras, uma injúria que malfira a autoestima, outras, a própria honra objetiva e a imagem da pessoa humana diante de si mesma, e em face da coletividade. Esses fatores concorrem para a positivação de alguma reparação por lesão moral – tanto aquela que se apresente na esfera objetiva, como, a que se verifique em âmbito subjetivo. Fatos que tenham potência tal que malfiram direitos da personalidade das pessoas: a própria vida, a intimidade, a honra, a dignidade. Porém, lembro: o autor foi reprovado por que deixou de cumprir as adequações que a banca dele solicitara, ou seja, de alguma maneira, foi concausador do dissabor que experimentou.

Entretanto, em sentido contrário, decerto que em situações nas quais são certos os desconfortos, indignação ou descontentamentos, muitas vezes, ainda que reunidos, não terão aptidão para gerar danos morais. Requer-se que dos atos resultem – e de forma duradoura – considerável abalo psíquico e moral na pessoa, consoante destaca Carlos Roberto Gonçalves in "*Responsabilidade Civil*" (9ª ed., Saraiva, 2005, página 567): "*Para evitar excessos e abusos, recomenda Sérgio Cavalieri, com razão, que só se deve reputar como dano moral 'a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano mo-*

Acesso ao Sumário

ral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo' (programa, cit., p. 78)".

Nesse contexto, a alegação do autor de haver sofrido discriminação por ser adepto ao espiritismo e experenciado por conta disso uma reprovável conduta de intolerância religiosa, não merece acolhimento. Isso porque, não se constatou prática de discriminação, preconceito, tampouco ofensa à confissão religiosa do recorrente na defesa da dissertação. Depreende-se que os membros da banca examinadora cuidaram de discernir um critério metodológico a ser empregado ao longo do Mestrado – ao que, no momento da defesa da dissertação conviria separar-se o discurso religioso do científico. O ambiente acadêmico supõe essa diretriz. Porém, isso poderia ser discutido pelo candidato, pois nem sempre o discurso religioso é significativamente anticientífico. O saber engloba vários ramos do conhecimento, tanto que falamos hoje em dia em ciências da religião com todo o descortínio científico possível, inclusive por meio da Filosofia da Linguagem. Entretanto, o candidato poderia ressalvar sua posição no escrito posterior com argumentos firmes no sentido da possibilidade de um conhecimento metódico e epistemológico das religiões. Bastava-lhe sustentar o ponto e prover as modificações solicitadas com justificativas de sua convicção. Se o fizesse e a douta Banca amesquinhasse as justificativas, essa supositícia Banca atuaria muito provavelmente de forma temerária e inconstitucional, e, aí sim, cometeria infração, não apenas metodológica, mas também passível de correção jurisdicional.

Vamos às ponderações eleitas pelo magistrado de primeiro grau para sustentar sua decisão: "*De fato, analisando-se o vídeo da defesa da dissertação de mestrado, verifica-se que há uma enorme distância entre a forma de pensamento do requerente e o que dele se esperavam os membros da banca. Veja-se, por exemplo, o seguinte trecho da defesa de dissertação: "O problema é quando nós não observamos a prescrição do que (autores) como Antonio Flávio Pierucci, vão enunciar como ateísmo metodológico ou ceticismo metodológico: no momento em que nós estamos fazendo afirmações científicas, mesmo nós sendo espíritas, ou judeus, ou cristãos, nós devemos de alguma forma ensaiar um deslocamento desse lugar para poder olhar com outra perspectiva, porque supostamente a perspectiva científica lançaria uma luz que a perspectiva espírita não está lançando. Então esse é o objetivo dessas regras metodológicas das ciências sociais da religião, porque quando se mistura demais a perspectiva religiosa e a perspectiva científica, o que acontece é que a perspectiva científica acaba sendo domesticada por aquilo que ela deveria esclarecer" (54min40s). (...) A defesa da dissertação de mestrado, como o próprio nome indica, é o momento em que mestrando deve defender a usa pesquisa das críticas que lhe são dirigidas pelos*

Acesso ao Sumário

membros da banca. A principal crítica formulada diz respeito justamente à separação entre o discurso religioso e o discurso científico, ainda que provindos de cientista adepto de determinada religião (o requerente defende a posição contrária, da impossibilidade da separação, o que sem dúvida poderia gerar um debate acadêmico importante, mas de fato não soube responder às indagações feitas pelos membros da banca)". Este argumento de que a argumentação religiosa absorve a científica, com todo o respeito ao membro da banca, é afirmação *ex aucthoritatem*, pois não há evidências, estas mesmas científicas que possam anuir à referida conclusão. Quer dizer sustentar que a perspectiva científica ela mesma tem que se rodear de ceticismo ou ateísmo – para isolar-se das religiões, é sem dúvida um truísmo que nada ajuda à ciência. Somente quero lembrar que na História, nunca houve civilização alguma absolutamente cética e muito menos ateia. Mesmo assim, essas observações levadas a cabo não transudam preconceito religioso ou algo assim.

Não se olvide que a liberdade de confissão religiosa é garantida constitucionalmente, assim como a laicidade do Estado, e o ambiente universitário tem que respeitar todas elas, desde as mais exóticas, bem como as mais tradicionais, assim como as vias confessionais do ateísmo. Laicismo não quer dizer desafetação das confissões que existam por aí, mas, o saber conduzir os negócios públicos nos mares das muitas águas em que elas se encontram, sem tomar partido das inúmeras correntes confessionais, mas, igualmente sem censurá-las. Lembro-me de um episódio em que uma banca de docência reprovou um brilhante candidato ao cargo de professor de Filosofia, por que ao citar *Santo Tomás de Aquino*, expressou-se deste modo, ao passo que a banca o reprovara por que o candidato deveria registrar apenas *Tomás de Aquino*. Este é um exemplo de abuso intelectual que nada ajuda à Ciência. Entretanto, no caso *sub iudice* este disparate não aconteceu.

Por conseguinte, no caso vertente torna-se descabido o pleito indenizatório buscado pelo autor, de vez que a alegada discriminação religiosa de modo algum configurou-se na fase de avaliação, pois houve apenas singela referência metodológica – que, muito embora a meu juízo, *v.g.* foi equivocada, não tem no entanto, capacidade para gerar direito à indenização.

Observo que a autonomia da Universidade e a soberania da Banca é de largueza indiscutível. Pois bem, se se achar conveniente, e acolhidos os ajustes, do ponto de vista jurisdicional, não parece haver obstáculos para que o candidato seja novamente reexaminado.

Diante do exposto, voto no sentido do **desprovimento** do apelo do autor, e **provimento** do recurso da UNICAMP, para reformar a sentença, e julgar improcedentes os pedidos da ação. Sucumbente o autor, suportará o pagamento das custas e despesas processuais, e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor causa, ressalvada a gratuidade da justiça.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1017042-45.2018.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV, é apelado MUNICÍPIO DE PRAIA GRANDE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, NEGARAM provimento ao recurso, vencido o 2º Juiz, Des. JOÃO ALBERTO PEZARINI. Adotou-se a técnica de julgamento do artigo 942, *caput*, e §1º do CPC, sendo chamados a integrar a turma julgadora os Desembargadores WALTER BARONE e REZENDE SILVEIRA. Por maioria de votos, NEGARAM provimento ao recurso, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão, vencido o Desembargador JOÃO ALBERTO PEZARINI que declara", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53.883)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), JOÃO ALBERTO PEZARINI, WALTER BARONE e REZENDE SILVEIRA.

São Paulo, 9 de abril de 2024.

GERALDO XAVIER, Relator

Ementa: Apelação. Embargos a execução fiscal. Imposto predial e territorial urbano. Taxa de coleta de lixo. Exercício de 2017. Extinção parcial do feito. Acerto. Reconhecimento de imunidade tributária recíproca. Admissibilidade em parte. Benefício fiscal que diz apenas com imposto. Inteligência do artigo 150, VI, "a", e § 2º, da Constituição Federal. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.
Taxa de coleta de lixo. Exercício de 2017. Cobrança de proprietários de imóveis com base na área construída. Legitimidade da exação reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Inteligência das Súmulas Vinculantes 19 e 29. Recurso denegado.

VOTO

Cuida-se de embargos a execução fiscal, esta promovida pelo município de Praia Grande em face de São Paulo Previdência - SPPREV para cobrança de imposto predial e territorial urbano (IPTU) e taxa de lixo domiciliar do exercício de 2017[1].

Alega a embargante descabida a cobrança dos tributos, porque, na quali-

Acesso ao Sumário

1 Valor da causa em dezembro de 2018: R$ 1.364,34.

dade de autarquia estadual, faz jus à imunidade prevista no artigo 150, VI, "a", e § 2º, da Constituição da República; almeja extinção da exação.

Julgado parcialmente procedente o pedido, reconheceu-se a imunidade da cobrança no tocante ao imposto. Daí por que apela, tempestivamente a embargante: insiste nos argumentos antes expostos e requer extinção integral do feito.

Recebido e processado o recurso, nas contrarrazões argumenta-se correta a sentença, pugna-se por sua manutenção.

Eis, sucinto, o relatório.

O apelo não comporta provimento.

Com efeito.

A executada é autarquia estadual; logo, faz jus à imunidade a que alude o artigo 150, VI, "a", e § 2º, da Magna Carta.

Consoante o dispositivo constitucional referido no anterior parágrafo, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios instituir impostos sobre o patrimônio, a renda ou os serviços das autarquias, com as restrições estatuídas nos §§ 2º e 3º, "in verbis":

"§ 2º. A vedação do inciso VI, a, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

"§ 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 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."

De mais a mais, descabe exigir, para reconhecimento de imunidade, prova da relação do imóvel com a consecução das finalidades essenciais da autarquia estadual. O ônus é do município (artigos 373, II, e 374, I, do Código de Processo Civil), conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ARTIGO 255, DO RISTJ. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. INSTITUIÇÃO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. EMBARGOS DO DEVEDOR. ÔNUS DA PROVA. ART. 333, II, DO CPC. 1. A admissão do Recurso Especial pela alínea 'c' exige a demonstração do dissídio na forma prevista pelo RISTJ, com a demonstração das circunstâncias que assemelham os casos confrontados, não bastando, para tanto, a simples transcrição das ementas dos paradigmas. 2. Os embargos à execução constituem uma ação de conhecimento no organismo do processo executivo e visam, através de sentença, desconstituir o crédito exeqüendo, o título ou a relação processual. 3. Tratando-se de ação

Acesso ao Sumário

desconstitutiva e considerando que, em princípio, o direito do exeqüente é exibido *prima facie* pelo título executivo, cabe ao embargante, como autor, atender à regra do art. 333, II, do CPC, comprovando o fato constitutivo do seu direito. 4. Deveras, se a parte embargante- executada fez a prova do preenchimento dos requisitos imunizatórios, competia ao exeqüente-embargado a contraprova, porquanto o título executivo por si só não responde a essa questão suscitada e relevante para o desate da causa. 5. Assim como cabe ao executado o ônus da prova de sua pretensão desconstitutiva, posto introduzir no organismo do processo de execução, ação de cognição plenária, incumbe ao exeqüente-embargado, na forma do art. 333, II, do CPC a contraprova de tudo quanto não encontra resposta imediata e *prima facie*, no título executivo. 6. Omitindo-se a Fazenda quanto a esse ônus que lhe competia, mantém-se a justeza do acórdão recorrido. 7. Recurso especial, parcialmente, conhecido pela alínea 'a', e improvido." (recurso especial 447.649/DF, Primeira Turma, relator Ministro Luiz Fux).

Eis o que já decidiu esta corte em casos assaz semelhantes:

"APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – IPTU DE 2018 a 2020 – MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – SPPREV – AUTARQUIA ESTADUAL DE REGIME ESPECIAL – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA (CF, ART. 150, "A") – CABIMENTO, CONFORME PRECEDENTES DO STF E DESTA COL. CÂMARA – RECURSO NÃO PROVIDO" (Apelação 1001774-40.2021.8.26.0090, Décima Quinta Câmara de Direito Público, relator Desembargador Amaro Thomé);

"APELAÇÃO CÍVEL – Embargos à Execução – IPTU – Exercícios de 2009 a 2012 – Município de São Paulo – Imunidade Recíproca – Configuração – Imóvel pertencente a autarquia estadual – Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO" (Apelação 1000355-92.2015.8.26.0090, Décima Quinta Câmara de Direito Público, relator Desembargador Fortes Muniz);

"Embargos à execução. IPTU dos exercícios de 2011 e 2012. Autarquia estadual que faz jus à imunidade recíproca (art. 150, VI, "a", § 2º, CF). Ausência de prova da eventual inexistência de relação entre a destinação de seu patrimônio e suas finalidades essenciais. Por se tratar de garantia constitucional, o ônus cabia ao exequente, do qual não se desincumbiu. Sentença de procedência que merece ser mantida. Honorários advocatícios - majoração necessária, nos termos do art.85, §11º do NCPC. Nega-se provimento ao recurso, com majoração dos honorários, nos termos do acórdão." (Apelação 1000198-22.2015.8.26.0090, Décima Oitava Câmara de Direito Público, relatora Desembargadora Beatriz Braga).

Em suma: diante de vedação constitucional a incidência de imposto sobre patrimônio relacionado com as finalidades essenciais de autarquia, impunha-se mesmo afastar a cobrança do tributo ora em exame. Este não é devido.

Como a imunidade atinge apenas a cobrança de impostos, passa-se à aná-

Acesso ao Sumário

lise da cobrança da taxa de coleta de lixo.

Rezam os artigos 194 e 195 da Lei Complementar 574/10:

"Art. 194 A taxa será lançada e cobrada isoladamente ou em conjunto com outros tributos, devendo, neste caso, constar, obrigatoriamente, os elementos distintivos de cada um.

"Art. 195 A taxa prevista nesta Subseção é calculada em razão da onerosidade do serviço, em função da capacidade habitacional ou potencialidade do imóvel obtida pela proporção da área construída, da seguinte forma:

"I - capacidade habitacional ou potencialidade para até 60 m² (sessenta metros quadrados): a taxa é devida de acordo com o item 1 do anexo IX;

"II - capacidade habitacional ou potencialidade para até 80 m² (oitenta metros quadrados): a taxa é devida de acordo com o item 2 do anexo IX;

"III - capacidade habitacional ou potencialidade para até 100 m² (cem metros quadrados): a taxa é devida de acordo com o item 3 do anexo IX;

"IV - capacidade habitacional ou potencialidade para até 120 m² (cento e vinte metros quadrados): a taxa é devida de acordo com o item 4 do anexo IX;

"V - capacidade habitacional ou potencialidade para até 140 m² (cento e quarenta metros quadrados): a taxa é devida de acordo com o item 5 do anexo IX;

"VI - capacidade habitacional ou potencialidade superior a 140 m² (cento e quarenta metros quadrados): a taxa é devida de acordo com o item 6 do anexo IX;

"§ 1º Para os estabelecimentos comerciais e de serviços hoteleiros ou diversos destinados a hospedagem em geral, inclusive colônias de férias e similares, a taxa será calculada e cobrada pela multiplicação do número de unidades destinadas à ocupação pelo valor constante do inciso I do presente artigo.

"§ 2º Aplicam-se à taxa de coleta de lixo os descontos previstos nos §§ 1º e 2º do artigo 21".

Note-se que a taxa em comento é cobrada com base no metro quadrado da edificação do imóvel. Tal critério não guarda relação com o efetivo custo da atividade estatal correspondente. Afinal, taxa é tributo vinculado; sua base de cálculo deve corresponder ao custo efetivo do serviço público prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Não só proprietários de imóveis edificados são beneficiados pela atividade mencionada no precedente parágrafo, mas também os de imóveis não edificados (terrenos destinados à prática de desportos, de estacionamento de veículos automotores etc.).

O ser edificado o imóvel (ter área construída) não significa que produza mais ou menos lixo que outro não edificado (sem área construída).

Por óbvio que imóveis não edificados (sem área construída) também podem produzir lixo. E quiçá em quantidade até maior que a produzida por outros

Acesso ao Sumário

edificados (com área construída). Cuida-se de parâmetro que, à evidência, não guarda relação com o custo da atividade estatal. Daí por que ilegítima a cobrança.

Leciona Geraldo Ataliba:

"59.3 A hipótese de incidência da taxa é uma atuação estatal diretamente (imediatamente) referida ao obrigado (pessoa que vai ser posta como sujeito passivo da relação obrigacional que tem a taxa por objeto).

.....

"60.2 Efetivamente, se a h.i. da taxa é uma atuação estatal, referida a alguém, sua base imponível é uma dimensão qualquer da própria atividade do estado: custo, valor ou outra grandeza qualquer (da própria atividade).

.....

"60.9 A base imponível (ou base de cálculo) da taxa é, geralmente, o custo do serviço. Por isso, por exigência do princípio da isonomia básico de toda a Constituição e fundamental em matéria tributária esse custo deve ser repartido entre todos os usuários. Daí que cada qual deva pagar sua parte, na proporção da intensidade do uso.

.....

"60.13 Sendo base de cálculo da taxa o custo do serviço, impõe-se sua divisão pelos usuários. Daí a necessidade de um adequado critério de repartição desse custo, respeitosa do princípio da isonomia. (...)" ('in' "Hipótese de Incidência Tributária", 6ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo, página 147, 150 e 152).

Este relator sempre proclamou a inconstitucionalidade da exação relativa à taxa em foco por flagrante desrespeito ao **princípio da igualdade perante a lei, insculpido no artigo 150, II, da Magna Carta.** Sem embargo, reiteradas são as decisões que determinam a adequação dos julgamentos às Súmulas Vinculantes 19 ("A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal.") e 29 ("É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra.") do Supremo Tribunal Federal.

Ainda que o afastamento da cobrança da taxa "sub cogitatione" tenha se estribado sempre em ofensa ao princípio da isonomia e, portanto, sem nenhum liame com o teor das supra-aludidas Súmulas Vinculantes, as quais versam temas claramente distintos, relativos ao artigo 145, II e § 2º, da Lei Maior, insiste-se repetidamente na automática aplicação dos verbetes sumulares. Assim, não há outra opção senão reconhecer, como mandam as cortes superiores, a constitucionalidade da exação. Quiçá no futuro se enfrente a questão da isonomia.

Posto isso, nega-se provimento ao apelo e majora-se a verba honorária

Acesso ao Sumário

para 15% (quinze por cento) do valor da causa atualizado (artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil).

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 42.031)

Divirjo da maioria.

Conquanto a Súmula Vinculante 19 tenha declarado constitucional a cobrança de taxa pela prestação exclusiva de serviços públicos de "... *coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis*", não houve manifestação da corte suprema a respeito do critério a ser observado na apuração da base de cálculo do tributo.

Portanto, sob este fundamento, não haveria óbice para que se analisasse a constitucionalidade da lei municipal instituidora da taxa de remoção de lixo.

Na hipótese, a taxa é calculada com base na área ou testada dos imóveis, critério que não constitui elemento vinculado ao fato gerador da obrigação tributária, à medida que um imóvel de menor área construída pode produzir maior quantidade de resíduos sólidos, fato que compromete a base de cálculo do tributo.

Afigura-se ilegítima, portanto, a presunção de que imóveis de maior área construída produzem mais lixo.

Assim, o critério adotado não guarda relação com o custo efetivo da atividade estatal, **o que afronta o princípio da isonomia constitucional**, posto no artigo 150, II da Carta da República.

Posto isso, pelo meu voto, **dá-se provimento** ao recurso para extinguir a execução fiscal.

JOÃO ALBERTO PEZARINI, 2º Juiz

Apelações/Remessas Necessárias

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação/Remessa Necessária nº 1048453-15.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON, é apelada COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao re-

curso. V.U. Sustentou oralmente o Dr. João Pedro Pedrili Bezerra.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.005)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), AFONSO FARO JR. e MÁRCIO KAMMER DE LIMA.

São Paulo, 27 de fevereiro de 2024.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: VIOLAÇÃO NORMAS CONSUMERISTAS/MULTA – Ação anulatória – Auto de infração lavrado pelo PROCON/SP em desfavor da autora, sob a alegação de violação a norma consumerista – O valor da penalidade há de ser calculado sobre o faturamento do estabelecimento específico onde praticada a infração de expor à venda ao público consumidor produtos com prazo de validade vencido, prevista no art. 18, § 6º, inciso I, do CDC, e não de toda a rede de lojas e negócios desenvolvidos pela autora no território brasileiro, sob pena de configurar punição irrazoável e desproporcional – Escorreita a alegação do apelante de ser legítima a adoção do IPCA-E e dos juros moratórios de 1% ao mês, sendo descabida a aplicação da SELIC, com exceção do período posterior a 09/12/2021 – Sentença de procedência reformada em parte – Precedente deste Egrégio Tribunal – Honorários sucumbenciais recursais indevidos na hipótese. Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de Ação Anulatória com pedido de tutela antecipada proposta pela Companhia Brasileira de Distribuição contra a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON/SP, pretendendo, liminarmente, que seja suspensa a exigibilidade da cobrança do valor da multa de R$ 252.709,97 (atualizado até 27/07/2021), determinando-se a abstenção do réu em inscrevê-la em dívida ativa, apresentando-se, para tanto, seguro garantia no valor de R$ 328.522,96 (valor do débito acrescido de mais 30%) e, em caráter definitivo, a procedência do pedido, para reduzir a multa para R$ 71.310,89 (valor atualizado até 27/07/2021).

A r. decisão de fls. 385/386 admitiu o oferecimento do seguro-fiança tão somente para viabilizar a emissão de certidão positiva com efeitos de negativa.

Da aludida decisão foi interposto recurso de Agravo de Instrumento, a

Acesso ao Sumário

que foi dado provimento, para possibilitar a suspensão da exigibilidade da multa discutida, diante da apresentação de apólice de seguro-garantia no valor do débito, acrescido de 30%, desde que respeitados os requisitos delineados na fundamentação do julgado, nos termos do v. acórdão de fls. 489/496.

A decisão de fls. 467 deferiu a produção de prova pericial, nomeando, para tanto, o perito contábil Ayrton Attab Borsari Junior.

Laudo pericial a fls. 534/568.

Esclarecimentos do perito a fls. 626/629 e 669/671.

O juízo deferiu o requerimento do réu, formulado a fls. 680/681, e determinou que a autora apresente, no prazo de 10 dias, o DRE e Declaração de Imposto de Renda do ano de 2019, bem como esclareça a significativa diferença dos valores indicados nos documentos de fls. 180 e fls. 655/657.

Esclarecimentos do perito a fls. 742/744.

A r. sentença de fls. 793/797 julgou procedente o pedido, nos termos do art. 487, I, do CPC, para reduzir a multa para R$ 85.297,92, considerando o valor da pena base de R$ 67.377,22 pelo índice da SELIC apurado no laudo pericial.

Em razão da sucumbência, condenou o réu nas custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios, que fixou em 10% do valor da causa.

Deixou consignado não haver reexame necessário.

Inconformado, o réu interpôs Recurso de Apelação a fls. 801/814.

Alega, em síntese, que a redação do art. 33 da Portaria Normativa PROCON n. 57/2019, vigente à data da autuação, somente permitia a apresentação de GIAs para impugnação à estimativa de receita de forma excepcional, apenas caso comprovada a impossibilidade de apresentação dos documentos elencados nos incisos I, II e III do referido dispositivo, de maneira que todo o trabalho pericial está prejudicado, na medida em que foi realizado com base em documentação em desacordo com a norma de regência do processo administrativo sancionatório a cargo do réu.

Aduz, ainda, ser legítima a adoção do IPCA-E e dos juros moratórios de 1% ao mês, sendo descabida a aplicação da SELIC.

Contrarrazões a fls. 845/855.

A autora manifestou-se a fls. 861, a fim de se opor ao julgamento virtual do recurso.

É o relatório.

Esclareça-se, a princípio, que na ausência de reexame necessário, o presente julgado limitar-se-á à apreciação das questões impugnadas no apelo.

Nesse aspecto, não há de ser acolhida a alegação de que todo o trabalho pericial está prejudicado, por ter sido realizado com base em documentação em desacordo com a norma de regência do processo administrativo sancionatório a

cargo do réu.

A propósito, bem consignou o perito (fls. 742/745):

(...) Dessa forma, considerando que a questão levantada pelo PROCON é um dos principais cernes da presente Ação Anulatória, a Autora reitera a manifestação de fls., momento em que reafirma seu posicionamento de que não é possível a apresentação da documentação, sob os seguintes pontos:

- por força de disposição legal, o Demonstrativo de Resultado de Exercício e a Declaração de Imposto de Renda apresentam apenas resultados consolidados de toda a empresa, não sendo possível obter informação de receita apenas da loja autuada;

(...)

- a determinação legal é de que a Companhia publique os seus resultados de forma consolidada, trimestralmente na CVM (ITRs Informações Trimestrais) e, anualmente, na CVM (IAN Informações Anuais) e no Diário Oficial (a Constituição de Filiais está prevista no seu Estatuto Social, conforme a própria Lei n. 6.404/76 determina);

- não existe nenhuma norma que determine a elaboração e/ou publicação de DRE Demonstrativo de Resultado do Exercício por filiais ou estabelecimentos e, por essa razão, quando a empresa elabora DRE's por loja/filial/estabelecimento, o faz para fins puramente gerenciais, ou seja, apenas para controle interno de resultados. A elaboração desse documento não precisa seguir regras contábeis, nem parâmetros legais. Portanto, é um documento sem valor legal;

- a elaboração de DRE por filial (eventualmente elaborada) é focada no resultado gerencial e, consequentemente, os seus valores não se baseiam apenas nos documentos fiscais, como GIAS (Guia Nacional de Informação e Apuração do ICMS vendas de mercadorias) e das guias de ISS (imposto sobre serviços de qualquer natureza vendas de serviços);

- A Declaração de Imposto de Renda apresenta apenas informação consolidada da empresa como um todo, não sendo possível individualizar o faturamento por estabelecimento;

Assim, a autora considerou as GIAs e as guias/demonstrativos de ISS como documentos hábeis à comprovação da receita para fins de impugnação da receita estimada pelo réu.

Referida conduta baseou-se em determinação constante da Portaria n. 57/19, aplicável à hipótese dos autos:

Art. 33. A condição econômica do autuado será estimada pelo PROCON/SP, e poderá ser impugnada, no prazo da defesa, sob pena de preclusão, mediante apresentação de um dos seguintes documentos:

I – Demonstrativo de Resultado do Exercício DRE, publicado, do último calendário fiscal;

II – Declaração do Imposto de Renda com certificação da Receita Fe-

Acesso ao Sumário

deral, do último calendário fiscal;

III – Comprovante de recolhimento do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - DARF simples, acompanhado do respectivo extrato simplificado do último calendário fiscal;

§ 1º Inexistindo obrigação legal do autuado apresentar os documentos referidos nos incisos I, II, e III, do caput, em razão da sua natureza jurídica, serão admitidos a Guia de Informação e Apuração de ICMS GIA, com certificação da receita estadual ou Declaração de Arrecadação do ISS, desde que comprovado o recolhimento, preferencialmente no último trimestre em relação ao auto de infração.

Foi, então, calculado o faturamento total da loja, que resultou num montante de R$ 2.661.303,45.

E com base nesse montante foi computada a pena- base da multa, que resultou em R$ 67.377,22. E acrescida de ¼ a título de agravante, totalizou R$ 85.297,92.

Do exposto se conclui que o valor da penalidade há de ser calculado sobre o faturamento do estabelecimento específico onde praticada a infração de expor à venda ao público consumidor produtos com prazo de validade vencido, prevista no art. 18, § 6º, inciso I, do CDC, e não de toda a rede de lojas e negócios desenvolvidos pela autora no território brasileiro, sob pena de configurar punição irrazoável e desproporcional.

Nesse sentido, julgado deste Egrégio Tribunal:

ADMINISTRATIVO. Ação anulatória de ato administrativo, consistente em multa imposta pelo PROCON. Alegação de violações ao art. 39, caput, e incisos III e V, do Código de Defesa do Consumidor, além do art. 17 do Decreto n. 6.523, de 2008. 1. Cobranças indevidas, alterações unilaterais de contratos e inobservância de prazo legal para solução de reclamações. Infrações configuradas, anotada incidência da Portaria Procon n. 45, de 2015. 2. Multa calculada com base em estimativa da receita global da empresa. Inadmissibilidade. A base de cálculo deve corresponder à receita do estabelecimento onde ocorreu a infração. Agravantes bem reconhecidas. 3. Recurso parcialmente provido.

(Apelação Cível nº 1039505-84.2021.8.26.0053, Relator: Coimbra Schmidt, Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 27 de março de 2023).

Dessa forma, sem razão o apelo do ente público quanto ao ponto, estando em consonância com a norma regulamentar editada pelo próprio réu a redução a que procedeu o juízo sentenciante.

Por outro lado, merece êxito a alegação do apelante de ser legítima a adoção do IPCA-E e dos juros moratórios de 1% ao mês, sendo descabida a aplicação da SELIC.

Isso porque a correção monetária da multa por infração ao CDC é cal-

Acesso ao Sumário

culada de acordo com a UFESP - Unidade Fiscal do Estado de São Paulo e os juros de mora adotam a taxa de 1% ao mês, nos termos da Lei Estadual n. 12.685/2007 e Decreto Estadual n. 53.085/2008, cumulado com o art. 39 da Lei 4.320/1954 e Decreto-lei n. 1.735/1979.

Por outro lado, a questão apreciada na Arguição de Inconstitucionalidade n. 0170909-61.2012.8.26.0000, para o reconhecimento da inconstitucionalidade de artigos da Lei Estadual n. 6.374/89, com a nova redação dada pela Lei Estadual n. 13.918/09, foi pacificada para a atualização de créditos tributários estaduais.

Nada obstante, o art. 3º da EC n. 113/2021 dispôs que "***nas discussões e nas condenações que envolvam a Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora, inclusive do precatório, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC), acumulada mensalmente***".

Destarte, a partir da supramencionada emenda constitucional, de 09 de dezembro de 2021, impõe-se a adoção da taxa SELIC para compensação da mora e remuneração do capital.

Saliente-se, por fim, não ser o caso de aplicação do art. 85, § 11, do Novo CPC, já que não preenchidos todos os requisitos para tanto (no caso, o previsto na letra "b"), segundo jurisprudência do Colendo STJ, que exige: ***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.***

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento em parte ao recurso, para reformar a r. sentença, a fim de determinar que seja adotado o IPCA-E como índice de correção monetária e juros moratórios de 1% ao mês, afastada a aplicação da taxa SELIC, que deve incidir somente no período posterior a 09/12/2021, mantida, no mais, a r. sentença.

Dada a sucumbência mínima da autora, deve ser mantida a distribuição do ônus arbitrada pela r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 0048582-86.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante/Apelado ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante ALARMI COMÉRCIO E SERVIÇOS DE ALARME LTDA.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justi-

ça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso da autora e negaram provimento ao recurso do Estado. V.U. Sustentou oralmente a Dra. Mauren Gomes Bragança Retto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.951)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente), SOUZA NERY e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 10 de abril de 2024.

EDSON FERREIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. ICMS. Auto de infração e imposição de multa. Anulação. ICMS. Fatos geradores de 2007 e 2008. Sem incidência das modificações operadas por EC 87/2015 e Lei Complementar 190/2022. Compra de veículos para o ativo imobilizado da autora, localizada em São Paulo, de fabricante localizado em Minas Gerais. Imposto recolhido na saída, pela alíquota interestadual de doze por cento, igual à alíquota interna paulista. Sem diferença de alíquota a compor para São Paulo. Anulado o item I.1 do auto de infração. Das vinte e oito operações relacionadas no item I.2, há indicativo de que catorze dizem respeito a aquisição de mercadorias para emprego na cadeia produtiva, para as quais não pode subsistir a autuação fiscal. Não infirmada a consideração pelo fisco de aquisição para o ativo permanente das demais operações. Crédito indevido de ICMS quanto a tais operações. Não foi imputada recusa de entrega de documentos fiscais, como embaraço à fiscalização, mas entrega de arquivo digital com dados incompletos. Decorridos quase trinta dias entre as duas notificações para entrega dos documentos, em 14-08-2009 e 11-09-2009, superando em muito o prazo assinalado de dez dias para cumprimento da solicitação. Sem motivo para anular parte do item I.2 e itens II.3 e III.4 do auto de infração. Multa punitiva. Vedação ao efeito confiscatório. Multa de 150% para o item 1.2 do auto de infração, coluna 10 do demonstrativo correspondente. Redução para cem por cento do valor do tributo devido. Juros. Limitação à taxa SELIC. Cabimento. Órgão Especial desta Corte, incidente de inconstitucionalidade, e Supremo Tribunal Federal, Tema 1062.

Acesso ao Sumário

Cumpre anular o I.1 e parte do I.2 do auto de infração, limitar a multa ao valor do imposto devido e os juros de mora à taxa SELIC. Em razão da sucumbência recíproca, arcará cada partes com metade das despesas do processo, o Estado somente em termos de reembolso, e com honorários advocatícios, também pelo trabalho e sucumbência em grau de recurso, de dois pontos percentuais acima dos limites mínimos do artigo 85, §§ 3º e 5º, do Código de Processo, sobre o decaimento de cada qual em relação ao pedido. Provido em parte o recurso da autora e não provido o recurso do Estado.

VOTO

Sentença, proferida em 24 de julho de 2019, pelo eminente magistrado, Doutor Otávio Tioiti Tokuda, acolheu pretensão de anular o auto de infração e imposição de multa por débito de ICMS somente para reduzir a multa fiscal até o valor do imposto devido, condenado o Estado réu, ante o decaimento mínimo da autora, em todas as despesas do processo e em honorários advocatícios, à razão de dez por cento sobre o valor da causa, histórico de R$ 152.937,91, fls. 504/507.

Apelação do Estado pela manutenção da multa fiscal da forma como aplicada e condenação da autora no pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios por ser mínima a sucumbência sofrida pelo réu, ou pela redução dos honorários advocatícios, dado que o proveito econômico obtido pela autora se limita à redução da multa ao valor do imposto e os honorários foram fixados sobre o valor da causa, que corresponde à integralidade da multa aplicada, de R$ 152.937,91.

Apelação da autora pelo acolhimento integral do pedido, com anulação da AIIM 3.123.191-3, lavrado em 19-12-2011, alegando:

a) com relação ao item I.1 do auto de infração, de falta de recolhimento de ICMS em operação de compra de veículos para o ativo permanente, em julho de 2007, no valor histórico de R$ 13.776,07, i) aquisição dos veículos na condição de compradora especial do artigo 15, I, "b", da Lei 6729/1979, sendo obrigação do fabricante a retenção do valor do imposto por substituição tributária, nos termos do Convênio ICMS 132/1992 vigente à época do fato gerador e artigo 301, II, do RICMS/SP, ii) inaplicabilidade da Lei Complementar 190/2022 por ser posterior ao fato gerador, iii) ser eventualmente devida apenas a diferença entre as alíquotas cobradas por São Paulo e Minis Gerais, e não a integralidade da alíquota paulista;

b) com relação ao item I.2 do auto de infração, de falta de recolhimento

Acesso ao Sumário

de ICMS em operações de aquisição de bens para o ativo permanente, de janeiro de 2007 a dezembro de 2008, no valor histórico de R$ 1.472,10, i) não ser a substituta tributária pelo recolhimento da diferença de alíquotas do imposto devido nas operações que deram origem às notas fiscais 16800, 14086, 72172, 17763, 17358, 73375, 73623, 17443, 17924, 4856, 19474 e 1262, pois adquiridos baterias e cabos elétricos não para uso próprio, mas para o exercício da atividade econômica, de instalação, manutenção, locação e comercialização de equipamentos de alarmes eletrônicos, ii) responsabilidade do fornecedor o recolhimento da diferença de alíquotas do imposto devido nas operações que deram origem às notas fiscais 16836 e 16838, de compra de válvulas, óleo e pneus, nos termos dos artigos 310, II, 313-O, IV, § 1º, e 313-Z17, III, do RICMS;

c) com relação ao item II.3 do auto de infração, de ilegitimidade dos créditos de ICMS, i) não decorrerem da compra dos veículos os créditos questionados pelo fisco, mas de outras operações, ii) falta de fundamento legal em razão da revogação do artigo 8º do Anexo XX do RICMS pelo artigo 3º do Decreto 52104, de 30-08-2007, iii) legitimidade do crédito relativo à nota fiscal 1176 por decorrer de devolução de mercadoria por microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos do artigo 38 da Lei 6374/1989, iv) legitimidade do crédito relativo às notas fiscais 7359 e 8045 por não ser optante do Simples Nacional e destinados os insumos à industrialização, conforme artigo 23, § 1º, da Lei Complementar 123/2006; e

d) com relação ao item III.4 do auto de infração, de embaraço à fiscalização, i) insuficiência do prazo de cinco dias, estendido por mais cinco dias, para entrega de grande volume de registros contábeis dos exercícios financeiros de 2007 e 2008, ii) não houve recusa à entrega dos dados fiscais, mas entrega parcial dos documentos por insuficiência do prazo concedido para tanto, iii) falta de fundamento legal para a fixação do prazo de apenas cinco dias, estabelecido na Portaria CAT 32/1996, artigo 30, iv) que a Lei Complementar 939/2003, artigo 5º II, assegura ao contribuinte prazo razoável para correção da obrigação tributária, v) notificação para apresentação apenas dos registros fiscais das operações de entrada e saída, nada sendo requerido quanto aos registros de inventário, por isso irregulares a punição por falta de documentação e inclusão dos valores do inventário no cálculo da multa, que deveria ser calculada somente sobre o montante total das operações de entrada e saída e limitada ao valor do imposto devido; ou pela limitação dos juros de mora à taxa SELIC; manifestada oposição ao julgamento virtual.

Recursos respondidos.

Oposição ao julgamento virtual, fls. 597, 662 e 680.

Declinada a competência em virtude de prevenção deste relator, fls. 663/669.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Sem reexame necessário porque o valor histórico do crédito tributário, de R$ 152.937,91, reduzido pela sentença, é inferior a quinhentos salários-mínimos, Código de Processo Civil, artigo 496, § 3º, II.

Pretensão de anular o Auto de Infração e Imposição de Multa 3.123.191-3, lavrado em 06-11-2009, por falta de recolhimento de ICMS-DIFAL, aproveitamento de créditos ilegítimos de ICMS e descumprimento de obrigação relativa à escrituração fiscal, fls. 142/144.

Fatos geradores, ocorridos nos exercícios de 2007 e 2008, anteriores a Emenda Constitucional 87/2015 e Lei Complementar 190/2022.

Com relação ao item I.1, tratando-se de operação com destinação de bem a consumidor final localizado em outro estado, o tributo deve ser recolhido segundo a alíquota interestadual, Constituição Federal, artigo 155, VII e VIII, e RICMS, artigo 117, como é o caso.

Informado pelo fisco recolhimento do imposto pela alíquota interestadual, que corresponde à alíquota paulista, de doze por cento, inexistindo diferença devida pela autora para os cofres do Estado de São Paulo, fls. 153.

Sobre o item I.2, foram relacionadas vinte e oito operações sem o recolhimento do diferencial de alíquotas, autos do anexo físico, fls. 92/93.

A escrituração contábil de entrada dos objetos de catorze notas fiscais 16800, 14086, 72172, 17763, 17358, 17680, 73375, 73623, 17443,

17924, 73832, 4856, 19474 e 1262 indica a aquisição de insumos para uso na atividade-fim de comercialização e instalação de alarmes, o que não foi infirmado pelo fisco, de forma que essas operações não se sujeitam à hipótese do artigo 117 do RICMS, autos do anexo físico, fls. 199, 202, 204/205, 207/210.

O que não ocorre para as catorze operações remanescentes, dado que a escrituração contábil de entrada dos objetos das notas fiscais 16757, 69742, 70302, 1444, 1466, 1476, 1695, 1835 e 1844 indica a aquisição de bens para o ativo fixo, autos do anexo físico, fls. 198/201 e 203/204; das notas fiscais 16836 e 16838 indica aquisição de pneus, autos do anexo físico, fls. 198; da nota fiscal 62064 indica contratação de serviço de manutenção de veículo e em relação às duas operações de 06 de fevereiro de 2008 elencadas no subitem 2.9 do Anexo II do auto de infração nenhum documento foi apresentado.

Os artigos 310, II, 313-O, IV, § 1º, e 313-Z17, III, do RICMS nada dispõem sobre a hipótese de diferença entre as alíquotas internas e interestadual em operação de aquisição de bem para o ativo imobilizado, por esse motivo não se aplicam às operações de compra de válvulas, óleo, pneus, materiais elétricos e de informática e outros serviços das notas fiscais 16836, 16838, 16757, 69742, 70302, 1444, 1466, 1476, 1695, 1835, 1844 e 62064, sujeitas à incidência da hipótese do artigo 117 do RICMS.

Assim, não se justifica a autuação fiscal relativa às notas fiscais 16800, 14086, 72172, 17763, 17358, 17680, 73375, 73623, 17443, 17924, 73832,

Acesso ao Sumário

4856, 19474 e 1262, devendo por esse motivo ser anulada, mas não para as outras catorze operações.

Com relação ao item II.3, irrelevância do fato dos créditos glosados não decorrerem da compra de veículos, dado que declarados ilegítimos pelo fisco em razão da vedação de transferência de créditos de ICMS por microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do artigo 61, § 13, do RICMS, redação do Decreto 52104/2007, vigente na época dos fatos geradores do imposto das notas fiscais 1176, 7359 e 8045 ocorreram em 30-11-2007, 29-02-2008 e 31-05-2008, fls. 145, não afetado, portanto, pela revogação do Anexo XX do RICMS.

Não comprovado o atendimento aos requisitos dos artigos 38 da Lei 6374/1989 e 454 do RICMS, para efeito de concessão de crédito de ICMS relativo à nota fiscal 1176, decorrente de devolução de mercadoria por microempresa, autos do anexo físico, fls. 96.

Tampouco foi comprovada a legitimidade dos créditos relativos às notas fiscais 7359 e 8045, considerando que, embora a Lei Complementar Federal 123/2006, artigo 23, § 1º, tenha reconhecido direito a crédito correspondente ao ICMS incidente sobre aquisição de mercadoria de microempresa ou empresa de pequeno porte optante do Simples Nacional, para industrialização ou comercialização, no âmbito do Estado de São Paulo, o uso desse crédito somente foi autorizado em 2009 pelo Decreto Estadual 54136, que acrescentou o inciso XI ao artigo 63 do RICMS, com efeitos para fatos geradores ocorridos a partir de 1º da janeiro de 2009, o que não é o caso, dado que os fatos geradores ocorreram em 29-02-2008 e 31-05-2008, autos do anexo físico, fls. 94/95.

Com relação ao item III.4 do auto de infração, superado, em quase três vezes, o prazo total de dez dias conferido pelo fisco para apresentação dos livros e documentos fiscais pela apelante no âmbito administrativo, dado que o contribuinte foi notificado em 14-08-2009 e depois em 11-09-2009, quase trinta dias depois, fls. 155 e 582, por esse motivo não se acolhe a alegação de prazo insuficiente para cumprimento da obrigação.

Não foi a falta de entrega dos documentos fiscais que ocasionou a autuação discal da apelante, mas o fornecimento de arquivo digital com dados incompletos, fls. 144, infração capitulada no artigo 85, VIII, "x", da Lei Estadual 6374/1989, reproduzido pelo artigo 527 do RICMS, que impõe multa de dois por cento **sobre o valor das operações efetuadas no correspondente período**, descabida, portanto, a pretensão da apelante de incidência da penalidade apenas sobre o valor das operações não declaradas no arquivo digital.

A limitação dos juros à taxa SELIC obedece ao mesmo critério da lei federal para os créditos tributários da União, questão bem assentada por esta Corte, Incidente de Inconstitucionalidade 0170909-61.2012.8.26.0000, julgado em 27-02-2013, e reafirmada por Supremo Tribunal Federal, ARE 1.216.078/SP, Tema 1062, com trânsito em julgado em 22-10-2019, caráter vinculante con-

Acesso ao Sumário

ferido por Código de Processo Civil, artigo 927, III:

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.

A limitação da multa fiscal ao valor do imposto devido, estabelecida por Supremo Tribunal Federal, tem paralelo no direito privado, sobre cláusula penal não superior ao valor da obrigação principal que objetiva assegurar, Código Civil, artigo 412, mesma orientação do anterior, sem exceção para multa punitiva, que também decorre de descumprimento de obrigação fiscal, tanto quanto a falta de pagamento de imposto até o vencimento, tendo antes o sentido de impedir que a vedação constitucional ao efeito de confisco seja contornada pela imposição de encargos outros ao contribuinte faltoso, de modo que deve ser observada:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ICMS. NÃO RECOLHIMENTO. MULTA. ART. 51, I, DA LEI 10.297/1996. 50% DO VALOR DO TRIBUTO. EFEITO CONFISCATÓRIO NÃO CONFIGURADO. 1. A jurisprudência do STF orienta no sentido de que o valor da obrigação principal deve funcionar como limitador da norma sancionatória, de modo que, apenas quando o percentual for superior a 100% do quantum do tributo devido, o caráter confiscatório se revela de forma mais evidente. 2. Agravo regimental a que se nega provimento (ARE 1307464 ED-AgR, Relator, Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 17-05-2021, DJe-107 DIVULG 04-06-2021 PUBLIC 07-06-2021).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REITERAÇÃO DA TESE DO RECURSO INADMITIDO. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA.TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. OFENSA REFLEXA. MULTA PUNITIVA. CARÁTER CONFISCATÓRIO. AUSÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos. II - O recurso extraordinário, por conter alegações de ofensas indiretas ou reflexas à Constituição, demanda a interpretação de legislação infraconstitucional. III As multas punitivas que não ultrapassem o patamar de 100% do valor do imposto devido não são consideradas confiscatórias. Precedentes. IV - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa (art. 1.021, § 4°, do CPC) (ARE 1122922 AgR, Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 13-09-2019, DIVULG 20-09-2019 PUBLIC 23-09-2019)

(...) MULTA PUNITIVA. PATAMAR DE 100% DO TRIBUTO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO CONFISCO. PRECEDENTES. (...) 3. Quanto ao valor máximo das multas punitivas, esta Corte tem entendido que são confiscatórias aquelas que ultrapassam o percentual de 100% (cem por cento) do valor do tributo devido. (...) (ARE 1058987/SP, rel. Ministro Roberto Barroso, julgado em 01-12-2017, DJe 15-12-2017). Idem ADIMC 1075, Pleno, rel. Ministro Celso de Mello, DJe 24.11.2005; RE 582461, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2011, Repercussão Geral Mérito, DJe 17-08-2011.

Reconhecida repercussão geral, Tema 863, em RE 736.090/SC, rel. Min.

Acesso ao Sumário

Luiz Fux, em 29-10-2015, ainda sem julgamento:

(...) TRIBUTÁRIO. MULTA FISCAL QUALIFICADA. SONEGAÇÃO, FRAUDE E CONLUIO. 150% SOBRE A TOTALIDADE OU DIFERENÇA DO IMPOSTO OU CONTRIBUIÇÃO NÃO PAGA, NÃO RECOLHIDA, NÃO DECLARADA OU DECLARADA DE FORMA INEXATA (ATUAL § 1º C/C O INCISO I DO CAPUT DO ARTIGO 44 DA LEI FEDERAL Nº 9.430/1996). VEDAÇÃO AO EFEITO CONFISCATÓRIO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. QUESTÃO RELEVANTE DOS PONTOS DE VISTA ECONÔMICO E JURÍDICO. TRANSCENDÊNCIA DE INTERESSES. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

Assim tem decido esta Corte:

REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. JUROS DE MORA E MULTA PUNITIVA. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. De fato, a decisão de primeiro grau deixou de analisar questão substancial à causa, fato que implica nulificação. Causa madura para julgamento desde logo por este Tribunal, observados a celeridade processual e o §3º, IV, do artigo 1.013/CPC. A questão da taxa de juros já foi resolvida pelo C. Órgão Especial do TJSP no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000. A taxa de juros não pode ser superior ao estabelecido pela União. Adoção da Taxa Selic para esse propósito, incidente sobre o período pleiteado. A multa punitiva deve ser aplicada no patamar de 100%do imposto devido. Entendimento do E. STF que considera confiscatória a multa aplicada em percentual superior a esse patamar. Retificação das CDA nesses termos. Sentença anulada. RECURSOS OFICIAL E VOLUNTÁRIO PROVIDOS (Apelação nº 1004371-89.2018.8.26.0347, rel. Des. Souza Nery, julgado em 21.07.2021).

APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. ICMS. JUROS DE MORA. 1. Pretensão de afastar cobrança de juros de mora incidentes sobre débito fiscal amparados na aplicação da Lei nº 13.918/09. Admissibilidade. Inconstitucionalidade reconhecida pelo C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça. Impossibilidade de fixação de juros de mora em patamar superior à Selic. 2. MULTA PUNITIVA. Sujeição à proibição do efeito confiscatório prevista no art. 150, IV, da Constituição Federal. Redução para 100% do valor do tributo correspondente. Precedentes. HONORÁRIOS. Ação relacionada a cobrança de juros de mora acima da taxa Selic. Verba honorária estabelecida pelo critério do art. 85, § 3º do CPC. Pretensão recursal voltada à fixação de forma equitativa. Possibilidade, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC, também nos casos de honorários elevados. Hipótese concreta em que a fixação pelo critério do § 3º do citado artigo redunda em remuneração desproporcionalmente elevada. Sentença parcialmente reformada. Recurso voluntário e remesse necessária, esta considerada suscitada, parcialmente providos (Apelação nº 1001559-53.2021.8.26.0320, rel. Des. Heloísa Martins Mimessi, julgado em 14-01-2022).

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. Sujeição à proibição do efeito confiscatório prevista no art. 150, IV, da Constituição Federal. Redução para 100% do valor do tributo correspondente. Precedentes. Sentença mantida. Remessa necessária e recurso conhecidos e não providos (Apelação nº 1003210-59.2021.8.26.0405, rel. Des. Vera Angrisani, julgado em 08-02-2022).

Na hipótese, o demonstrativo do débito fiscal anexado ao Auto de Infração e Imposição de Multa nº 3.123.191-3, coluna nº 10, indica para a infração do

Acesso ao Sumário

item I.2 multa de 150%, fls. 150, caracterizando o alegado efeito confiscatório, de forma que era mesmo caso de limitar a multa fiscal a cem por cento do valor do tributo devido, como bem determinado na sentença.

Cumpre, pois, anular a autuação fiscal quanto à falta de recolhimento de ICMS-DIFAL sobre as operações de aquisição de veículos oriundos de outro estado, item I.1 do auto de infração, anular a autuação fiscal quanto à falta de recolhimento de ICMS sobre as operações que deram origem às notas fiscais 16800, 14086, 72172, 17763, 17358, 17680, 73375, 73623, 17443, 17924, 73832, 4856, 19474 e 1262, item I.2 do auto de infração, reduzir a multa referente ao item I.2, de 150% para 100% do valor do tributo devido, e limitar os juros de mora à taxa SELIC.

Em virtude da sucumbência recíproca, arcará cada parte com metade das despesas do processo, o Estado somente em termos de reembolso, e com honorários advocatícios, também pelo trabalho e sucumbência em grau de recurso, de dois pontos percentuais acima dos limites mínimos do artigo 85, §§ 3º e 5º, do Código de Processo Civil, sobre o decaimento de cada qual em relação ao pedido.

Pelo exposto, **DÁ-SE** parcial provimento ao recurso da autora e **NEGA-SE pro**vimento ao recurso do Estado, prejudicado o pedido de redução dos honorários advocatícios.

Não comportando sustentação oral, eventuais embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual, na forma da Resolução 549/2011 desta Corte, redação atual.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0000355-47.2024.8.26.0041, da Comarca de São Paulo, em que é agravante M. M. J., é agravado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao agravo a fim de conceder ao agravante a possiblidade de produção da prova, autorizando, observados, evidentemente, os termos de organização e de segurança do sistema penitenciário e do estabelecimento prisional em que o sentenciado cumpre sua pena, a entrada do perito para colheita do material grafotécnico, para posterior reanálise, pelo Juízo a quo, da possibilidade ou não da remição pela leitura, caso vier a ser requerida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.163)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO BRUNO (Presidente) e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 18 de abril de 2024

NELSON FONSECA JÚNIOR, Relator

Ementa: AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL - Remição pela leitura - Requerimento de produção de prova (exame grafotécnico) para posterior ajuizamento de pedido de remição de pena pela leitura de obras literárias - Finalidade da perícia é a comprovação da produção de resenhas das obras lidas - Indeferimento, de plano, da remição, por ausência de amparo legal - Possibilidade de interpretação extensiva 'in bonam partem' do artigo 126 da Lei de Execução Penal - Resolução nº 391/2021 do CNJ - Recurso provido para deferir a produção do exame pericial.

VOTO

Cuida-se de recurso de agravo de execução penal interposto por **M. M. J.** contra a decisão de fls. 21/23, proferida pela Juíza de Direito da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal - DEECRIM 1ª

Acesso ao Sumário

RAJ, da Comarca de São Paulo/SP, que, nos autos de Execução nº 0000824-74.2016.8.26.0041, indeferiu o pedido de autorização de entrada de perito no estabelecimento prisional para colher material grafotécnico a fim de produzir prova da elaboração de resenhas de leituras de livros feitas pelo agravante e, em decisão *ultra petita*, negou, de forma ampliada, a concessão de remição ao sentenciado.

Inconformado, recorre o agravante buscando a reforma da decisão de primeiro grau a fim de que seja deferida a entrada do perito no estabelecimento prisional para a colheita do material grafotécnico e, assim, possibilitar-lhe a produção de prova para posterior elaboração de pedido de remição. Aduz que essa prova lhe possibilitará, em futuro pedido, o reconhecimento da legalidade da remição pela leitura, nos termos do artigo 126 da Lei de Execução Penal e da Resolução nº 391/2021 do Conselho Nacional de Justiça (fls. 01/16).

Contraminutado o recurso (fls. 77/80), a decisão recorrida foi mantida (fl. 81).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do agravo (fls. 91/94).

É o relatório.

O recurso procede.

Antes de outras considerações, anoto que, respeitado o entendimento da Magistrada *a quo*, em tese, é possível a concessão da remição pela elaboração de resenhas de leituras de livros realizadas pelo sentenciado.

Isto porque, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 391/2021, que dispõe sobre procedimentos e diretrizes a serem observados pelo Poder Judiciário para o reconhecimento do direito à remição de pena por meio de práticas sociais educativas em unidades de privação de liberdade, sendo que o seu § 2º prevê: "*O reconhecimento do direito à remição de pena por meio de práticas sociais educativas considerará as atividades escolares, as práticas sociais educativas não-escolares e a leitura de obras literárias*".

Sendo assim, ainda em tese, seria possível realizar a interpretação extensiva do aludido artigo 126 da Lei de Execução Penal em favor do sentenciado, já que a leitura estimula a aprendizagem e contribui para sua formação e reinserção ao convívio social.

Esse, igualmente, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: ***"Esta Corte Superior firmou orientação no sentido de que é viável a concessão da remição por atividades não expressas na lei, diante de uma interpretação extensiva in bonam partem do artigo 126 da Lei de Execução Penal (AgRg no AREsp 696.637/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 4/3/2016). (...) EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REMIÇÃO DA PENA PELA LEITURA. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CON-***

Acesso ao Sumário

CEDIDA DE OFÍCIO. [...] 2. Firmou-se nesta Corte Superior de Justiça entendimento no sentido de ser viável a concessão da remição por atividades não expressas na lei, dentre as quais a leitura, diante de uma interpretação extensiva in bonam partem do artigo 126 da Lei de Execução Penal. 3. Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício para reconhecer a legalidade da remição pela leitura, com determinação, em consequência, no sentido de que o Juízo das Execuções Criminais conceda ao paciente a referida benesse, promovendo o cálculo do número de dias a que faz jus o reeducando de acordo com os documentos comprobatórios de tal atividade (HC 400.999/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 01/08/2017)" (HC 420213/RS, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 03/05/2018, DJe de 09/05/2018).

Todavia, a Defesa não requereu a remição ao Juízo de Primeiro grau, conforme pedido de fls. 1.266/1.268 dos autos originários, e não apresentou as resenhas que seriam objeto de análise, tampouco a requer neste recurso, buscando apenas a possibilidade de produção da prova.

Bem por isso, tendo em vista, exclusivamente, o pleito deduzido neste agravo, bem como a possibilidade legal de concessão da remição pela leitura, como se viu acima, além da ausência de oposição do Órgão Ministerial atuante nos autos de execução (cf. fl. 1.317 dos autos originários), é caso de reconhecimento do direito do sentenciado à produção de referida prova, reformando-se a sentença para afastar o indeferimento da remição pela leitura, que foi decidido de plano na decisão recorrida, deferindo-se a colheita do material grafotécnico.

Ante o exposto, dá-se provimento ao agravo a fim de conceder ao agravante a possibilidade de produção da prova, autorizando, observados, evidentemente, os termos de organização e de segurança do sistema penitenciário e do estabelecimento prisional em que o sentenciado cumpre sua pena, a entrada do perito para colheita do material grafotécnico, para posterior reanálise, pelo Juízo *a quo*, da possibilidade ou não da remição pela leitura, caso vier a ser requerida.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0028538-45.2017.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JUSSARA SILVA DONADONES, WILLIAM DOS SANTOS ALVES e BRUNO SILVA DONADONES, 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: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.970)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2024.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - ESTELIONATOS e ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA - Preliminar alegando decadência em relação ao direito de representação, em relação ao estelionato - Inocorrência - Vítima que assim que questionada sobre interesse no prosseguimento da ação penal, ofertou representação - Mérito - Autoria e materialidade delitivas nitidamente demonstradas nos autos - Firmes e seguras palavras dos representantes das empresas, apesar da falta de memória dos policiais, ouvidos mais de seis anos após os fatos, corriqueiros, não maculadas pela mendaz negativa dos réus de que se conheciam, apesar das inúmeras provas em sentido contrário existentes nos autos, inclusive quanto à reiteração - Absolvição por falta de provas do estelionato ou por ausência de estabilidade e permanência - Impossibilidade – Dosimetria - Pena -base corretamente exasperada em razão das circunstâncias das condutas - Regime aberto e substituição da pena corporal por restritiva de direitos - Rejeição da preliminar e desprovimento do recurso.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **JUSSARA SILVA DONADONES, BRUNO SILVA DONADONES e WILLIAM DOS SANTOS ALVES** contra a r. sentença de fls. 771/785 que por tripla incursão ao art. 171, caput, do Código Penal, uma delas na forma tentada e todas em continuidade delitiva e concurso material com o art. 288, caput, do mesmo Estatuto Repressivo, condenou a primeira a **03 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais 16 dias-multa**, WILLIAM a **03 anos, 04 meses e 24 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais 20 dias-multa** e BRUNO a **03 anos, 11 meses e 18 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 23 dias-multa, todos no**

Acesso ao Sumário

piso com permissão, por fim, para que todos respondessem o recurso em liberdade.

Consta da denúncia, resumidamente, que entre o final de 2016 e o 30 de março de 2017, em local incerto, BRUNO, JUSSARA, WILLIAM e Marcio Ferreira, em relação a quem foram os autos desmembrados, associaram-se com o fim específico de cometer crimes de estelionato. Nos dias 4 e 5 de abril de 2017, nas dependências da agência dos Correios, agindo em concurso e unidade de desígnios entre si e com identidade de propósitos, os quatro obtiveram, para proveito comum, vantagem indevida, consistente no recebimento de diversas mercadorias, em prejuízo do Ebazar.com.br LTDA. (Mercado Livre), induzindo e mantendo os vendedores vinculados a essa empresa em erro, mediante o meio fraudulento. No dia 6 de abril de 2017, com mesmo modus operandi e comparsaria, tentaram obter para eles vantagem indevida de R$ 2.744,83 em prejuízo da mesma vítima, não alcançando seu desiderato por circunstâncias alheias à vontade deles. Neste último dia, ainda, BRUNO fez uso de documento público falso (conduta absorvida pelas demais). Segundo se apurou, associados com a intenção de praticar golpes contra o "Mercado Livre" os irmãos BRUNO e JUSSARA, bem como WILLIAM, namorado da última, agindo em concurso com Marcio combinaram que WILLIAM e BRUNO fariam a compra de diversos produtos, utilizando-se, para tanto, de dados falsos e cartões bancários de terceiras pessoas, obtidos de forma fraudulenta, bem como indicariam, para a entrega dessas mercadorias, endereços fictícios situados no bairro Cidade Tiradentes, onde a agência dos Correios não efetua entregas, por se tratar de área de risco, cujas mercadorias somente seriam retiradas diretamente na própria agência, por BRUNO e Marcio fariam. JUSSARA, posteriormente, faria a venda dessas mercadorias pela metade do valor da compra, recebendo em troca uma porcentagem dos valores recebidos pelas vendas. Na primeira ação, BRUNO, Marcio e JUSSARA, dirigiram-se à agência dos Correios, de onde conseguiram retirar parte dos produtos adquiridos fraudulentamente e, no dia seguinte, voltaram para pegar o restante, oportunidade em que, entretanto, depois que BRUNO apresentou documento falso ao lado e Márcio, foram presos em flagrante quando colocavam as mercadorias do Fiat/Pálio ocupado por JUSSARA. Na oportunidade, inquiridos, os três admitiram que havia algum tempo compravam produtos pela internet de forma fraudulenta e não pagavam por eles. BRUNO confessou, ainda, ter comprado a carteira de identidade falsa na Praça da Sé, além de trilhas dos cartões de créditos com os quais realizava as transações fraudulentas. Durante a abordagem, WILLIAM fez ligação para BRUNO, pois monitorava a chegada das mercadorias nos Correios (fls. 381/386).

Acesso ao Sumário

Inconformados, reclamam preliminarmente da ineficácia jurídica da representação *"tendo em vista a consumação do período decadencial de 06 meses contados a partir da descoberta da autoria delitiva" (sic)*. No mérito, buscam a

absolvição por insuficiência de provas de autoria por conta do esquecimento dos policiais em relação aos fatos, bem como por desconhecimento mútuo dos réus, exceção feita aos irmãos BRUNO e JUSSARA e, ainda, por atipicidade do crime de associação criminosa, já que ausentes a estabilidade e permanência, bem como a prática de mais de um crime. Alternativamente, buscam manutenção da pena-base rasa por serem completamente favoráveis as circunstâncias judiciais em relação a WILLIAM e JUSSARA com fixação, ainda, do regime aberto com substituição da pena corporal por restritiva de direitos, inclusive em relação a BRUNO, malgrado sua reincidência (fls. 801/817).

Ofertadas as contrarrazões (fls. 822/829), a Douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo desprovimento dos recursos (fls. 861/880).

É o relatório.

Decido.

A questão preliminar, já rechaçada no juízo monocrático, não merecia mesmo acolhimento.

A combativa defesa afirma que a *"denúncia foi ofertada pelo Ministério público em 14/09/2020 (fls. 381/387) na vigência da lei atual, onde a vítima dos autos, Ebazar.com.br LTDA. (Mercado Livre), teve ciência da autoria delitiva na data de 06 de abril de 2017, conforme faz prova os depoimentos policiais RAFAEL ESTEVAM DE OLIVEIRA e MAGNUN ZERBINI, acostado às fls. 4/5 e 6/7, mas só representou criminalmente em face dos acusados em 03 de março de 2020" (sic)* (fls. 270).

Nas contrarrazões o representante do *Parquet* argumentou que *"conforme bem reconhecido pelo douto juízo, em razão da edição do Pacote Anticrime que alterou a partir do dia 24 de janeiro de 2020, o crime de estelionato para ação pública condicionada à representação, houve a representação criminal da empresa vítima no sentido do prosseguimento do feito no dia 03 de março de 2020. Portanto, verifica-se que não houve decadência do direito de representação, considerando que entre a vigência da lei e a representação da ofendida não transcorreu o lapso de 06 meses" (sic)* (fls. 824).

Equivocada, *data maxima venia*, a tese defensiva, já que antes da inovação legislativa trazida pela Lei 13.964/19, a ação penal de crimes de estelionato prescindia de representação e, portanto, não há como se considerar o *dies a quo* como aquele em a vítima tomou conhecimento da autoria.

Em 05/02/2020, menos de um mês depois da vigência da Lei 13.964/19, o Ministério Público requereu a intimação do ofendido (fls. 265), cota cumprida pela autoridade policial em 02/03/2020 (fls. 269) e prontamente respondida quando, no dia seguinte, a empresa-vítima ofertou representação (fls. 270/272).

Trata-se de norma híbrida, com natureza processual, mas também material na medida em que o poder punitivo estatal fica restrito a situações em que haja oferecimento de representação pela vítima que, não observada, pode

Acesso ao Sumário

conduzir à decadência, mas segundo entendimento trazido em sessão plenária do E. STF, intimada, a vítima deve se manifestar em até 30 dias para informar se deseja ou não o prosseguimento da ação (HC 208817 - Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento virtual em 13/04/2023), circunstância presente na hipótese dos autos.

O interesse do ofendido em ver os réus processados e, inclusive, condenados, salta nítido, por fim, de sua oposição ao julgamento virtual para que possa sustentar oralmente seu interesse que, entretanto, ficou vedado diante da ausência de recurso por sua parte e, de outro lado, inexistência de oposição ao julgamento virtual, pelos apelantes.

Repilo, portanto, a questão preliminar.

No mérito melhor sorte não acompanha os réus.

A materialidade, indiscutível, veio demonstrada por boletim de ocorrência (fls. 17/25), auto de exibição e apreensão (fls. 26/32), de entrega (fls. 110/114 e 115) e de avaliação (fls. 125/128), documentos da empresa (fls. 97/103), laudo pericial do documento falso (fls. 141/144), documentos dos dados dos compradores (fls. 248/261) e laudo pericial de informática (fls. 428/447).

A autoria é por igual incontestável.

Rafael Estevam de Oliveira contou ter sido chamado com seu colega Magnun pela inspetoria dos "Correios" que suspeitaram de três pessoas, dois homens e uma mulher, que já haviam retirado diversos produtos antes, 9 num dia e 12 no seguinte que, pelos endereços neles constantes, sabiam terem sido adquiridos de modo fraudulento e, ao chegarem ao local, viram dois rapazes, BRUNO e Marcio carregando um FIAT/Palio em cujo interior havia uma moça, JUSSARA, irmã do primeiro. De acordo com os representantes dos "Correios", BRUNO havia se identificado como Carlos Henrique Candido de Souza e, realmente, em revista pessoal, encontraram tal documento com ele, com sua foto. Informalmente eles confessaram que havia algum tempo compravam objetos de pequeno valor pela internet, enganando os vendedores. BRUNO admitiu, ainda, ter adquirido o documento na Praça da Sé, por R$ 150,00. Estando na Delegacia, o telefone de BRUNO tocou, chamado por WILLIAN que, segundo o suspeito, era seu cunhado, convivente de JUSSARA que estava monitorando as entregas. Ainda informalmente, BRUNO informou que todas as negociações são feitas por meio de trilhas de cartões de crédito que compra de pessoa que não quis nominar. Em conversa com representantes do "Mercado Livre" soube que a empresa assumiria o prejuízo de seus clientes (fls. 04/05), no que foi acompanhado por Magnun Zerbini que acrescentou, ainda, que a desconfiança dos "Correios" foi por conta do endereço de entrega que, pela periculosidade, não era por eles atendido (fls. 06/07).

Acesso ao Sumário

Em juízo, mais de 6 anos após os fatos, o policial Magnun afirmou não ter recordação clara dos fatos, mas seu colega lembrou que o "pessoal dos Cor-

reios", desconfiado pelo fato da dupla ter feito retiradas anteriores, os acionou, tendo encontrado os rapazes levando produtos para um carro. Lembrou-se, ainda, do uso de documento falso "com a cara" do sujeito e nome de terceiro.

Rodrigo Andrews explicou que no desenvolvimento de trabalho visando combater fraudes praticadas usando serviços postais, teve a atenção despertada por dois homens que, juntos no balcão, recebiam grande quantidade de encomendas de diversas regiões do País, sendo que um deles, depois de apresentar documentação, não assinou a lista com nome do destinatário. Chamou sua atenção, ainda, o fato das encomendas estarem dirigidas a endereços diferentes e, por isso, acionou a Polícia Civil que, no local, confirmou a fraude. Uma mulher acompanhava os homens, mas não retirou nenhum produto vindo a saber, depois, que os suspeitos já haviam retirado cerca de 20 encomendas (fls. 08/09).

Em juízo esclareceu que atuava na prevenção de fraudes relacionadas a encomendas que eram retiradas na agência por conta de restrição na área de entrega. Lembrou-se que analisava casos suspeitos por: reclamação; quantidade de encomendas por pessoa física; pessoas com diversos endereços ou que iam constantemente retirar volumes, bem como uso de documento falso, ocorrências que lhe davam um sinal de alerta que os fazia chamar a Polícia, não lembrando qual foi o motivo do caso específico. Explicou, por fim, que não foi apenas o fato do endereço não ser atendido pelos Correios que lhe chamou a atenção, mas sim o grande número de encomendas e a quantidade de endereços.

Ouvido em juízo, o representante do "Mercado Livre", Filipe Borges Duarte, disse que integrava a equipe de prevenção à fraude na ocasião dos fatos e, revisitando os dados viu que seu time recebeu comunicação do time de prevenção dos "Correios" por conta de pacotes retirados em quantidade numa mesma agência e, analisando os pagamentos, identificaram que alguns estavam contestados pelos titulares dos cartões, configurando fraude que causou prejuízo estimado em torno de R$ 1.500,00 explicando que a divergência com o valor constante nos autos de devolução pode ser por conta das notas fiscais. Indagado, disse que pela sua experiência há casos em que o titular não contesta por conta do valor pequeno e acaba pagando por algo que não comprou, sem perceber, havendo possibilidade, assim, de que algumas vítimas não tenham contestado lançamentos ilegais e o prejuízo ter sido ainda maior. Explicou, ainda, que os produtos que recebe de volta, intactos, retornam ao vendedor, sem prejuízo, mas nos casos em que foi aberto, podem ser doados ou destruídos. À Defesa respondeu que mais de um cadastro foi criado, para compras, com e-mails temporários e, no sistema, apurou pelos perfis, o prejuízo que não sabe especificamente a qual cliente se refere, mas que o "Mercado Livre" assumiu integralmente esclarecendo que o valor de R$ 1.500,00 se refere a produtos retirados e contestados (estelionatos consumados) ocorridos no período descrito na denúncia.

Ranier Marcelo Aquino, representante da empresa-vítima "E-Bazar", es-

Acesso ao Sumário

pecialistas neste tipo de fraude, disse ser bastante comum estelionatários adquirirem trilhas de cartões de terceiros na "deep-web" para compra de produtos a serem entregues em endereços inexistentes.

A prova oral, deste modo, ao contrário do alegado pela combativa defesa, mostrou-se suficiente para atestar o envolvimento dos réus, e também de Marcio, nas empreitadas criminosas, mas ainda que assim não fosse, há um volume enorme de provas materiais, afinadas com a confissão administrativa de JUSSARA, apontando a responsabilidade criminal dos réus, que não pode ser afastada.

BRUNO se manteve calado na fase policial (fls. 10/11), no que foi acompanhado por Marcio (fls. 12/13), que acabou não sendo mais encontrado.

JUSSARA, contudo, confessou que com seu irmão BRUNO e mais dois conhecidos vinha fazendo compras pela internet do site "Mercado Livre" usando dados falsos para obtenção de vantagem em prejuízo alheio desde o início do ano, sendo dela a função de vender os objetos recebidos dos "Correios" e comprados por seu irmão e seu namorado WILLIAM, que preparavam todo o esquema necessário para efetivação das compras, desde a aquisição de documentos falsos e cartões bancários até a retirada das encomendas. Disse que vendia os produtos pela metade do preço a conhecidos e interessados, ganhando uma comissão. Afirmou que eles sempre usaram documentos falsos e que os endereços de entrega eram fictícios, sempre na Cidade Tiradentes, área de risco onde os "Correios" não atuam e, por isso, a retirada era feita na agência, facilitando a fraude. Não sabe há quanto tempo BRUNO e WILLIAM estavam fazendo compras pela internet, mas acredita que foi no final do ano passado. Namora com WILLIAM há 5 anos e, pelo que sabe, ele sempre trabalhou com venda autônoma de triturador de alho e tapetes. Afirmou que mesmo sabendo da origem espúria dos bens e ilicitude de seus atos, resolveu participar com eles, acreditando que iria ganhar dinheiro. Negou, mais uma vez, participação nas compras ou retirada de objetos, não sabendo onde eles alcançam documentos falsos e cartões para o pagamento das compras. No dia da prisão, contudo, estava com eles, para ajudar no carregamento dos volumes, ciente que seu irmão estava com documento falso. Admitiu, ainda, que "no começo" algumas compras foram feitas em seu nome e chegou a retirar produtos na agência de Itaquera - sandálias melissa, não lembra quantidade, mas com o passar do tempo ficou com medo e deixou de autorizar a compra em seu nome. BRUNO contou que "um cara" lhe fornece os cartões ilícitos que são usados para pagamento, mas não informou o nome dele (fls. 14/16).

Em juízo, mancomunados, negaram se conhecer.

BRUNO, admitindo outros envolvimentos com a Justiça, disse ter sido preso com Marcio, que conhecia apenas de vista. Indagado sobre o que aconteceu naquele dia, primeiro disse que convidou sua irmã JUSSARA para irem ao mercado, mas no caminho decidiu parar no correio onde iria retirar mercadorias

Acesso ao Sumário

para "Antônio", que só conhecia de vista, em troca de R$ 40,00. Disse que tem um filho de filho de 6 anos, nascido em 20/05/2017, menos de um mês depois de ser preso. Questionado se sabia o que iria buscar nos Correios trouxe nova narrativa, desta feita dizendo que no caminho para o mercado encontrou "Antônio" na rua que, dizendo que não tinha tempo para ir aos Correios, pediu que retirasse a mercadoria para ele, avisando que Marcio iria junto e, por isso, embora só os conhecesse de vista e não soubesse o que iria buscar, foi até a agência.

Indagado sobre WILLIAM que, inclusive, é citado em algumas conversas no aplicativo *WhatsApp* como "William Cunhado", disse que não o conhece, não é seu cunhado e nunca teve relação com ele. Admitiu, contudo, que seu celular foi apreendido, embora negando lembrar o número.

WILLIAM, depois de alegar que apenas recentemente soube da acusação, já que nunca foi intimado para prestar esclarecimentos, afirmou que nunca se relacionou com JUSSARA e, embora tenha morado na região de Guaianazes, nunca morou na avenida Inácio Monteiro. Negou, ainda, qualquer contato com BRUNO, outro desconhecido. Perguntado se sabia de algum motivo para JUSSARA ter dito, na Delegacia, que eram namorados informando, ainda, que trabalhava como vendedor de tapetes, repetiu que não a conhece. Admitiu, contudo, que na época dos fatos, como hoje, trabalhava como autônomo, vendendo tapetes que compra de uma fábrica e vende de porta em porta.

JUSSARA, depois da detalhada confissão administrativa, alegou em juízo ter sido conduzida ao Distrito Policial como testemunha, oportunidade em que lhe deram um papel que assinou sem ler. Questionada sobre sua atividade atual, afirmou ser empresária, proprietária da JW Transporte e Logística. Disse que seu irmão BRUNO foi preso com um rapaz que não conhece, Marcio no dia em que ela ia ao mercado com seu irmão que, entretanto, parou na agência e, quando voltou, "aconteceu tudo". Negou que fizesse compras, refutou a versão administrativa e insistiu que não conhecia WILLIAM, embora no celular do seu irmão houvesse conversas dele com "William Cunhado".

A credibilidade das negativas de autoria, principalmente de JUSSARA cuja versão administrativa, longa e detalhada, não poderia ter sido inventada por policiais que não a conheciam e, bem por isso, motivo algum teriam para uma falsa inculpação, cai por terra diante do enorme acervo de provas indicando o relacionamento entre ela e WILLIAM, bem como entre ele e seu irmão.

Lembre-se, que na fase administrativa, antes do exame pericial no celular de BRUNO, não havia informação alguma sobre WILLIAM ser cunhado dele, não tendo como os policiais adivinharem, como ele acabou confirmando, que ele vendia tapetes, o mesmo ocorrendo em relação à informação por JUSSARA trazida, de que comprou sandálias melissa como constou de conversas também encontradas no celular do irmão dela.

Do laudo pericial no celular (fls. 428/447), de todo modo, extrai-se diver-

Acesso ao Sumário

sas conversas travadas entre BRUNO e "William Cunhado" cabendo ressaltar que o fundo de tela do aparelho do primeiro é a foto de uma mulher em estado avançado de gravidez, lembrando-se que o filho de BRUNO nasceu cerca de um mês depois de sua prisão.

Entre as conversas há algumas como: *"Bora fazer uns 3k hoje. To com trampo. Cola aqui pra gente escolher nossos cartão. Encosta. Esse já caiu na conta" (sic)* ficando claro que BRUNO e WILLIAM efetuavam compras com cartões de terceiros de maneira fraudulenta havendo, ainda, fotografias de bens adquiridos (fls. 438) e remessa de dados de cartões (fls. 440). Em dado momento ambos discutem o score de crédito de seus alvos no site experiaconsultoria.com, tendo WILLIAM pedido nomes "curtos" e recebendo como resposta nomes pequenos e trilhas de cartões de crédito. Há passagem em que discutem sobre cadastros na "Netshoes", conhecida empresa que vende artigos esportivos, inclusive os tênis "mizuno" sobre os quais já haviam conversado anteriormente.

Há conversas (fls. 442/444), ainda, de uma pessoa que envia desde 22/03/2017 *links* do "mercado livre" para que BRUNO compre produtos por ele, oportunidade em que o réu diz que está só esperando chegar o cartão (os dados do cartão) e, ao perguntar se ele compra pneus, recebe como resposta que não pode custar mais de R$ 300,00, certamente pensando em não chamar a atenção do titular do cartão de crédito. Do laudo se extrai, ainda, algumas das trilhas de cartão de crédito (fls. 445/446).

Os réus tentaram, como se disse, em vão, alegar que não se conheciam, mas diversos Oficiais de Justiça que, como os policiais civis, não conheciam previamente os réus, nem teriam motivos para mentir, deixaram clara a relação entre eles quando tentaram localizar WILLIAM.

Procurado por Norberto Gonçalves Murtinho, BRUNO informou que sua irmã JUSSARA *"se mudou para o bairro de São Mateus, mas que não sabe indicar o atual endereço" (sic)* (fls. 451), mesmo paradeiro que deu em relação a WILLIAM (fls. 452). Intimado por Paulo Roberto de Carvalho, BRUNO repetiu não saber o paradeiro da irmã (fls. 598) e afirmou que WILLIAM havia se mudado, havia um ano (fls. 599). O oficial de Justiça Manoel de Jesus Oliveira também procurar o casal JUSSARA e WILLIAM e foi informado pela cunhada, Geise Santos, que *"na verdade eles não residem neste local, o endereço é apenas para recado" (sic)* (fls. 608). Marcos Aparecido da Paixão, por fim, ouviu que WILLIAM *"não reside mais naquele imóvel, que é ocupado pela cunhada dele, dona Geise Santos. Ela não soube informar o atual endereço do réu" (sic)* (fls. 656), mesma informação que recebeu em relação a JUSSARA (fls. 657).

Diante de tal panorama, portanto, não há sequer cogitar-se a absolvição por falta de provas em relação aos estelionatos, o mesmo ocorrendo em relação à associação criminosa cuja tese defensiva é a mesma, de que não se conheciam e, por isso, nunca existiu vínculo ou estabilidade entre eles.

Acesso ao Sumário

A confissão de JUSSARA, afinada com o contexto probatório, bem como as conversas encontradas no celular de BRUNO, deixam claro que os golpes vinham sendo aplicados de longa data, com divisão de tarefa, vínculo associativo e estabilidade.

Por qualquer ângulo que se analise, portanto, o conjunto probatório, repita-se, inviável a absolvição.

As penas, dosadas com critério e parcimônia, não merecem revisão.

Adequada a exasperação da base por terem os crimes sido praticados via *internet*, com utilização de documentos falsos e demonstração de profissionalismo pelo uso de cartões bancários e dados de terceiros mediante compras *online*, indicando culpabilidade que extrapola as elementares do tipo lembrando-se, de outro lado, que em relação à associação criminosa a pena ficou mantida no patamar raso.

Acresça-se a isso a extrema mendacidade do trio que apesar de todos indicativos de que JUSSARA e WILLIAM continuaram se relacionando, tentaram a todo o custo fazer crer que não se conheciam.

A modalidade prisional, do mesmo modo, foi eleita com critério e justificação *"considerando que foram praticados pelo menos três delitos de estelionato em continuidade delitiva, além do delito de associação criminosa em concurso material, bem como as circunstâncias judiciais desfavoráveis" (sic)* que indicam insuficiência, por fim, da substituição da pena privativa de liberdade.

Considera-se, por fim, prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, uma vez que, em se tratando de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida, como ocorreu no caso *sub judice*.

Posto isto, **REJEITADA** a preliminar, **NEGO PROVIMENTO** à apelação interposta, mantendo as condenações tal qual lançadas na resposta jurisdicional monocrática.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0003568-26.2018.8.26.0541, da Comarca de Santa Fé do Sul, em que são apelantes CARLOS ROBERTO DARME, TÂNIA REGINA APARECIDA AIJADO RIATO e CARLOS CLETO CASELATO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rechaçados os pedidos preliminares apresentados, no mérito negaram provimento aos recursos interpostos por Carlos Cleto Caselato, Tânia Regina Aparecida Aijado e Carlos Roberto Darme,

Acesso ao Sumário

mantendo-se integralmente e por seus próprios méritos a sentença de primeira instância, observado, ainda, o enunciado da súmula 643 do Superior Tribunal de Justiça, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.244)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente) e NOGUEIRA NASCIMENTO.

São Paulo, 5 de março de 2024

SÉRGIO MAZINA MARTINS, Relator

Ementa: Apelação criminal. Duplicata simulada. Ausência de dolo. Não reconhecimento. Mantidas as condenações. Demonstrado que os agentes tinham consciência da conduta ilícita praticada, inclusive com larga experiência no ramo comercial, faz-se de rigor a manutenção de sua condenação.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelações interpostas pelos acusados **Carlos Cleto Caselato**, **Tânia Regina Aparecida Aijado** e **Carlos Roberto Darme** em face da sentença de primeira instância que, julgando-os infratores, por onze vezes, da norma do artigo 172, *caput* do Código Penal, aplicou a Carlos Caselato a pena total e definitiva de **três (3) anos, dez (10) meses e vinte (20) dias de detenção**, a ser cumprida no regime prisional inicialmente **aberto**, e pagamento de **dezoito (18) dias-multa**, arbitrados no patamar legal mínimo, bem como a Tânia e Carlos Darme a pena total e definitiva de **três (3) anos e quatro (4) meses de detenção**, para cada um deles, acrescida do pagamento de **dezesseis (16) dias-multa**, sendo todas as penas privativas de liberdade substituídas por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade pelo mesmo prazo das condenações, e pagamento de prestação pecuniária de um (1) salário mínimo vigente à época dos fatos, deferido o apelo em liberdade.

O apelante Carlos Darme, reclama, em suma, a atipicidade da conduta ante a ausência de dolo, culpa ou má-fé, apontando que sua responsabilidade é igual ao do antigo sócio, eis que quem administrava com procuração eram os corréus, diante do que postula a absolvição da imputação inicial. Sucessivamente, postula a gratuidade da justiça (fls. 580 e 591-600).

Por sua vez, a Defesa de Carlos Caselato aponta a insuficiência probatória, eis que a condenação restou baseada em denúncia genérica e somente por conta da procuração outorgada em seu favor, asseverando que a corré admitiu que ela e os demais funcionários é que emitiam as duplicatas, além do que não comprovado o nexo causal entre a procuração e a efetiva emissão das duplicatas,

Acesso ao Sumário

diante do que reclama a absolvição da imputação inicial. Sucessivamente, postula a redução das penas e a fixação de regime aberto (fls. 613-620).

Já a Defesa de Tânia argui, preliminarmente, a nulidade processual, ante a ausência de aplicação do artigo 28-A do Código de Processo Penal, protestando pela remessa ao primeiro grau para oferecimento de acordo de não persecução penal. No mérito, postula a absolvição da imputação inicial ante a insuficiência probatória, eis que somente era empregada da empresa e que não teve qualquer ligação com a vítima que, aliás, era cliente do corréu Caselato. Sucessivamente, postula a redução das penas aquém do mínimo legal na segunda fase para aplicação da confissão espontânea e a redução da fração em razão da continuidade delitiva. Por fim, roga pela gratuidade da justiça (fls. 621-633).

Os recursos foram devidamente recebidos e processados, tendo o Ministério Público opinado, em ambas as instâncias, opinado pelo não provimento dos inconformismos das Defesas (fls. 636-643 e 659-671).

Por fim, a Defesa do apelante Carlos Caselato apresentou, após o parecer ministerial, o "aditamento" da apelação criminal, requerendo o deferimento do instituto indulto, nos termos dos artigos 5º e 9º do Decreto 11.302/2022, e, por consequência, a decretação da extinção da punibilidade quanto aos fatos em julgamento, com fulcro no artigo 107, inciso II do Código Penal (fls. 674-676).

É o relatório.

Rechaçada a preliminar de nulidade, bem como indeferido o aditamento mencionado, no mérito, nega-se provimento aos recursos interpostos, pese o respeito que se reserva aos argumentos que os escoltam.

Ab initio, tem-se por inviável o pedido de remessa dos autos ao primeiro grau para proposta de acordo de não persecução penal, eis que não houve confissão espontânea da emissão fraudulenta das duplicatas. Ademais, a própria Procuradoria de Justiça às fls. 662-664, acompanhando o entendimento da Promotoria de Justiça de Santa Fé do Sul, afinal opinou adversamente a qualquer proposta de não persecução processual penal, de sorte que, concretamente, não haveria sentido no procedimento reclamado ante a reiterada posição adversa do Ministério Público nas duas instâncias, inclusive no ambiente da Procuradoria de Justiça.

Quanto ao pedido de concessão de Indulto, impende ressaltar que, pese o artigo 9º reze que somente é exigido o trânsito em julgado para o Ministério Público para concessão do benefício, é certo que tanto o acusado quanto os corréus respondem em liberdade, portanto, ainda não houve expedição de guias de recolhimento. Ademais, a competência originária para análise do pedido é do juízo de conhecimento de primeiro grau, sob pena de supressão de instância.

No mérito, nega-se provimento aos recursos. Bem fundamentada a condenação dos apelantes.

A existência material dos fatos está devidamente provada nos autos (fls.

Acesso ao Sumário

12-13, 21-22, 23-24, 28-29, 30-31, 74-79, 80, 82-96), vindo também confirmada em diversos momentos da prova oral aqui reunida.

Procede, igualmente, a imputação de autoria dos fatos, ora formulada em desfavor dos apelantes.

Consta da denúncia que, no dia 18 de abril de 2018, em horário comercial, na cidade e comarca de Santa Fé do Sul, os apelantes, na condição de representantes da empresa *Gran-Sul Indústria e Comércio de Granitos e Mármores Ltda. EPP*, em concurso de agentes, a fim de obterem lucro para todos, emitiram nota fiscal-e nº 000.010.264 Série 001, referente às duplicatas de venda mercantil nº 10264-AC, no valor de R$ 2.533,34, com vencimento em 20.05.2018, nº 10264-BC, no valor de R$2.533,33, com vencimento em 20.06.2018 e nº 10264-CC, com vencimento em 20.07.2018, no valor de R$ 2.533,33, contra o sacado *Felipe Santos Fiorili - Mei*, tendo como portador o *Banco Bradesco S.A.*, e cedente a empresa *Brentan Assessoramento Econômico e Financeiro SC*.

Consta ainda, que os apelantes no dia 27 de abril de 2018, na mesma Comarca, também emitiram faturas (boletos bancários), referentes às duplicatas de venda mercantil por indicação (eletrônica) nº 548913658, nº 548913659, nº 548913660 e nº 548913661, contra o sacado *Felipe Santos Fiorili - Mei*, no valor de R$ 550,00 cada, com vencimento, respectivamente, em 19.06.2018, 04.07.2018, 19.07.2018 e 03.08.2018, tendo como portador o *Banco Itaú S.A.*, e cedente o *Banco Safra S.A.*, que não correspondia, em quantidade e qualidade, às mercadorias vendidas.

Também no dia 02 de maio de 2018, novamente emitiram faturas (boletos bancários), referentes às duplicatas de venda mercantil por indicação (eletrônica) nº 549642598, nº 549642599 e 549642600, no valor de R$898,40, cada, com vencimento em 16.06.2018, 16.07.2018 e 31.07.2018, respectivamente, tendo como portador o Banco Itaú S.A., e cedente o Banco Safra S.A., assim como no dia 8 de maio de 2018, emitiram fatura (boleto bancário), referente a duplicata de venda mercantil por indicação (eletrônica) nº 552501227, contra o sacado Felipe Santos Fiorili - Mei, no valor de R$ 636,50 (fls. 09), com vencimento em 07.07.2018, tendo como portador *o Banco Itaú S.A.*, e cedente o *Banco Safra S.A.*, que não correspondia, em quantidade e qualidade, às mercadorias vendidas.

Por fim, emitiram no dia 18 de junho de 2018, emitiram as faturas (boletos bancários) de fls. 76 e 77 (Banco Bradesco), referente a duplicata de venda mercantil por indicação (eletrônica) nº 18559 contra a sacada *Comércio de Areia Santo Antônio Ltda. Me*, cada uma no valor de R$283,50, com vencimentos em 15.07.2018 e 14.08.2018, figurando como beneficiário *Emílio Ernesto Garbim*, sendo que sobre estas últimas emissões, foram acolhidos os argumentos do Ministério Público, no sentido de insuficiência probatória.

Segundo o apurado, a vítima *Felipe* tinha uma empresa de ar condiciona-

do, tendo como contador de sua empresa o acusado Carlos Caselato que, aliás, também era contador e procurador da empresa *Gran-Sul Indústria e Comércio de Granitos e Mármores Ltda. EPP*, assim como a apelante Tânia que, além de funcionária da empresa, era também procuradora da empresa desde 2016, que tinha como sócio o apelante Carlos Darme.

O acusado Carlos Darme na fase policial (fls. 23-24) negou a autoria do crime, relatando que não conhecia a vítima *Felipe*, bem como entregara a firma para *At Granitos* em 8 de fevereiro de 2013, devido à dívida enorme, ficando como responsáveis pela empresa Tânia e Caselato. Já em Juízo (mídia digital), manteve sua versão, acrescentando que, depois da confissão de dívida, se afastou da empresa, ficando Tânia responsável pelo financeiro, recebendo dinheiro, duplicatas, pois era a administradora da empresa antes da dívida. Alegou que deveria ter feito um contrato passando a empresa para a *AT Granitos* e isso não foi feito. Porém, alegou que o documento comprovando a dívida atribuída de R$ 650.000,00 foi levado num assalto que sofreu. Confirmou que Caselato era contador e, posteriormente, procurador da empresa.

Já Tânia, na fase policial (fls. 28-29), negou a emissão das notas, afirmando que trabalhou na firma de 2005 até 17/17/2018, quando a empresa fechou. Quanto à procuração outorgada para ela e Caselato, afirmou que teria sido feito sem seu consentimento, porém resolveu "tocar", sempre orientada pelo proprietário Carlos Darme. Quanto às assinaturas nos termos de anuência, reconhece que assinou a pedido de Cleber, filho de Caselato. Também relatou que Caselato comparecia diariamente na empresa, trazendo pedidos de compras para serem faturados pela empresa. Em outro depoimento, ainda na fase policial, negou que fosse do financeiro, pois era apenas vendedora da empresa. Já em Juízo (mídia digital) modificou parcialmente sua versão, agora afirmando que recebia os pedidos e passava para o financeiro, eis que somente auxiliava quando necessário, não conferindo se as mercadorias eram recebidas. Quanto à procuração, afirmou ter ficado afastada da empresa para cuidar do marido transplantado e não se lembra de ter ficado como responsável pelo financeiro da empresa. Não soube explicar porque foi apontada como administradora pelos donos da empresa.

Já Caselato, ouvido em Juízo (mídia digital no sistema SAJ) negou a autoria delitiva, afirmando que somente prestava serviços como contador da empresa até 2018, a convite do antigo contador *Luiz Bello*, porém sempre fazia a contabilidade no seu escritório, nunca na empresa. Asseverou ainda que quem era a responsável pela administração era a corré Tânia e que somente tinha a procuração fornecida pelo proprietário *"para representar a empresa perante os órgãos estaduais, federias, municipais"*, pois assim teriam como ter acesso a dados empresariais. Por fim, afirmou já ter sido processado por peculato e lavagem de dinheiro, porém foram processos "políticos".

Todavia, as versões apresentadas pelos acusados são conflitantes entre si

Acesso ao Sumário

e, como bem apontado pelo Juiz sentenciante, produziram acusações mútuas, com intuito de se eximirem de suas responsabilidades que, de todo modo, sempre estiveram amplamente evidenciadas na prova da investigação.

Carlos Darme tenta em vão negar sua responsabilidade como proprietário, afirmando que teria "passado" os cuidados da empresa para "AT Granitos", todavia a procuração juntada aos autos dá amplos poderes para antiga funcionária e administradora Tânia, assim como para Caselato que, consoante depoimento da corré participava ativamente da administração respectiva.

Outrossim, os demais depoimentos somente confirmam a responsabilidade dos acusados nas práticas delitivas.

Valdir, antigo sócio de Carlos Darme, confirmou que estava afastado da empresa desde 2002, apontando Caselato como contador desde 2012, época em que a empresa degringolou de vez. Também ressaltou que Tânia desempenhava o trabalho tanto na parte de vendas quanto na parte financeira que, aliás, teria ligado solicitando assinatura em algumas cartas de anuência, pois os débitos já haviam sido pagos, no entanto se negou a assiná-las. Sabe que em fevereiro de 2016 seu sócio Carlos Darme nomeou os corréus como procuradores dele (Carlos) na empresa, porém mesmo preocupado, não conseguiu se desvincular da empresa devido às dívidas.

Já a vítima Felipe (fls. 12-13 e mídia digital no sistema SAJ) esclareceu que o escritório de Caselato fazia a contabilidade respectiva. Ocorre que, surgiram vários boletos com títulos já protestados que constava como sacador a empresa *Gran sul*, o que gerou desconfiança do envolvimento de Caselato, eis que trabalhava para as duas empresas. Indagado, confirmou Felipe que Caselato admitiu a emissão criminosa das duplicatas para ajudar uma amiga que, por sua vez e sempre segundo o próprio Caselato teria emitido as cartas de anuência.

Destaque-se que inexistem nos autos quaisquer elementos capazes de abalar a credibilidade dos depoimentos prestados em juízo.

Não há que se falar, no caso, em atipicidade das condutas praticadas pelos apelantes por ausência de dolo. Com efeito, restou plenamente demonstrado que todos os apelantes tinham sim, e tristemente, consciência dos ilícitos que praticavam, ainda mais quando todos já tinham larga experiência no ramo comercial e sabiam a situação precária da empresa, assumindo assim a responsabilidade individual por suas decisões que buscavam operações de lucros fraudulentos, além das contradições entre os depoimentos prestados na fase policial e em Juízo.

Acesso ao Sumário

Tampouco é o caso, aqui, de cogitar de insuficiência de provas. A documentação acostada aos autos demonstra, de forma inequívoca, a emissão das duplicatas em questão, documentação esta que, quando cotizada com a prova oral presente no feito, leva à conclusão inescapável que os apelantes de fato emitiram duplicatas falsas referentes a transações comerciais inexistentes. Enfim, a

conduta foi sim tristemente voluntária e consciente e voltada para produção de dano patrimonial em desfavor, aliás, do mercado creditício que, inclusive, atinge as instituições que negociam com esses títulos e a idoneidade creditícia das empresas nominadas como devedoras.

Forma-se, portanto, todo um quadro de provas que, de modo substancialmente harmônico e robusto, aponta os acusados como autores desses ilícitos.

As penas aplicadas não requerem reparos.

Na primeira fase da dosimetria, quanto aos acusados Carlos Darme e Tânia, as penas-base foram estabelecidas no mínimo legal, ou seja, em dois (2) anos de detenção e pagamento de dez (10) dias-multa, para cada um dos crimes praticados.

Já quanto ao apelante Carlos Caselato, tendo em vista a nota de maus antecedentes (autos n. 0003493-51.1999.8.26.0541, fls. 201, em crime de apropriação indébita, por onze vezes) na primeira fase da pena, houve comedida majoração em um sexto (1/6) ficando a pena-base fixada em dois (2) anos e quatro (4) meses de detenção, acrescida de onze (11) dias-multa para cada um dos delitos.

Nas demais fases, ausentes agravantes, atenuantes, causas de aumento ou diminuição de penas.

Por fim, corretamente aplicada o aumento em dois terços (2/3) em virtude da continuidade delitiva, restando as penas de Carlos Darme e Tânia fixadas em três (3) anos e quatro (4) meses de detenção e dezesseis (16) dias-multa, no piso legal, para cada um deles. Para Carlos Caselato, ficou a pena definitivamente fixada em três (3) anos, dez (10) meses e vinte (20) dias de detenção, acrescida de dezoito (18) dias-multa, no mínimo legal.

Impende salientar que, embora tenha o juízo de origem se olvidado da regra do artigo 72 do Código Penal, fica mantido o cálculo aplicado em primeiro grau, já que ausente recurso da acusação.

O regime prisional inicial para o cumprimento das penas aplicadas deve ser mantido como o aberto, observando-se a primariedade dos acusados e o montante de penas imposto.

Da mesma forma, ficam mantidas as substituições das penas privativas de liberdade imposta nos próprios moldes definidos em primeiro grau, ausente contestação por qualquer das partes nesse ponto.

Quanto ao pedido sucessivo de gratuidade da justiça e de redução do valor da multa, impende ressaltar que a sentença já estipulou o valor de cada dia-multa no mínimo legal. Não cabe ao Judiciário — que não é titular da competência constitucional para perdoar penas — dispor ainda mais favoravelmente aos acusados. Recorde-se que eventuais dificuldades de pagamento poderão, nos termos do direito vigente, ser apresentadas ao juízo da execução para fins do respectivo parcelamento. Frise-se que eventual pedido de justiça gratuita, se

Acesso ao Sumário

o caso, há de ser formulado na origem.

Em face do exposto, rechaçados os pedidos preliminares apresentados, no mérito **nega-se provimento** aos recursos interpostos por **Carlos Cleto Caselato, Tânia Regina Aparecida Aijado** e **Carlos Roberto Darme**, mantendo-se integralmente e por seus próprios méritos a sentença de primeira instância, observado, ainda, o enunciado da súmula 643 do Superior Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1012246-89.2022.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes PRESIDENTE DA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – CPI DOS APLICATIVOS e CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, é apelado 99 TECNOLOGIA LTDA.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.940)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente) e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 12 de março de 2024.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: 1. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – quebra de sigilos bancário e fiscal ordenadas por Presidente de CPI da Câmara Municipal de São Paulo – "writ" impetrado por empresa de transporte por aplicativo, pleiteando acesso ao conteúdo das decisões exaradas

2. Competência do Juízo de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Comarca de São Paulo e desta Câmara Criminal para apreciação do "writ" e da apelação interposta – apuração de crimes tributários, entre outros - art. 2º da Resolução 811/09 do TJSP – manifestação do OE a respeito em reclamação sobre o mesmo caso, encerrando a discussão nestes autos

3. Inocorrência de perda de objeto do "mandamus" – liberação de acesso ao teor dos requerimentos de quebra de sigilos bancário e fiscal representou cumpri-

Acesso ao Sumário

mento de decisão judicial liminar, o que não prejudica o exame do mérito
4. Não suscitada como argumento pela impetrante suposta impossibilidade de quebra de sigilos fiscal e bancário por CPI Municipal – referência à questão na sentença traduziu mero reforço de argumento pelo Juiz prolator – matéria não debatida nos autos – descabimento da pretensão da Câmara de que se afirme sua competência para quebras de sigilos - concessão da segurança justificada na Súmula Vinculante 14, argumento pertinente e válido
5. Motivação dos requerimentos de quebra de sigilos não impugnada na impetração, até porque seus conteúdos eram ignorados pela empresa, que justamente demandava acesso às determinações
6. Matérias recursais estranhas ao "writ", podendo ser objeto de processo diverso, se assim desejarem os apelantes
7. Não provimento ao recurso

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito – "CPI dos Aplicativos", Vereador Adilson Amadeu, e pela Câmara Municipal de São Paulo, contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Comarca de São Paulo que concedeu segurança pleiteada pela empresa "99 TECNOLOGIA LTDA."

A mencionada firma figura como uma das investigadas na aludida "CPI dos Aplicativos", instaurada na Câmara Municipal de São Paulo, sob a presidência do vereador Adilson Amadeu. O propósito da apuração seria verificar a eventual prática dos delitos dos arts. 1º da Lei nº 8.137/90, 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, e 1º da Lei nº 4.729/65 pelas denominadas Operadoras de Tecnologia de Transporte Credenciadas (OTTC).

No curso do procedimento, foi autorizada a quebra dos sigilos fiscal e bancário da "99" e de outras empresas do mesmo ramo, como a concorrente "UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA.". Esta, após infrutíferos pedidos de acesso dos seus procuradores aos autos da CPI, impetrou mandado de segurança perante o Juízo do DIPO 4, Seção 4.1.1, que indeferiu a liminar postulada. Em novo writ, agora endereçado à 12ª Câmara Criminal deste E. Tribunal (MS nº 2105213-92.2022.8.26.0000), a liminar foi deferida e, ao final, a segurança concedida "para permitir o acesso da impetrante aos autos da CPI e aos elemen-

Acesso ao Sumário

tos de prova já documentados e não relacionados a diligências em andamento, incluindo o teor integral dos requerimentos de quebra dos sigilos bancário e fiscal (números 196 e 197) e das respectivas motivações, bem como, por consequência, sustar os efeitos da aprovação dos referidos requerimentos, até a decisão final em primeira instância".

Em petição naquele mesmo mandado de segurança, a "99" postulou a extensão dos efeitos da liminar deferida em favor da "UBER", alegando identidade de situações de fato e de direito. O requerimento foi negado, dado que a "99" não havia, antes, solicitado acesso aos autos da CPI em 1ª instância. Assim, se analisado o pedido pelo Tribunal, estaria configurada supressão de um grau de jurisdição.

Diante disso, a "99" impetrou o presente MS nº 1012246-89.2022.8.26.0050, em primeira instância, sob o mesmo fundamento invocado pela "UBER" anteriormente, qual seja, de que a negativa de acesso aos autos da CPI configurou violação a direito líquido e certo da empresa de avaliar a fundamentação de determinação de quebra dos sigilos fiscal e bancário da firma, autorizada no curso da investigação.

O "writ" foi encaminhado pelo Juízo do DIPO à 1ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Comarca de São Paulo (fls. 112/115), que deferiu a liminar, suspendendo os efeitos da aprovação, pela CPI, dos requerimentos de quebra de sigilos bancário e fiscal nºs 196/2022 e 197/2022 e concedendo acesso ao inteiro teor dos documentos pela impetrante (fls. 143/146).

O Parlamento Municipal e o Presidente da CPI agravaram do decidido, e esta 12ª Câmara Criminal negou efeito suspensivo ao recurso. Mais tarde, os agravantes desistiram do inconformismo, o que foi homologado.

A renúncia ao agravo decorreu do fato de que, em 05.08.2022, julgado o "mandamus" pelo Magistrado da 1ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Comarca de São Paulo. Concedeu-se a segurança, "com aptidão para julgar extinto o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil, para, confirmando a medida liminar, determinar que: a) seja concedido à impetrante o acesso ao inteiro teor dos Requerimentos nº 196/2022 e 197/2022; e b) sejam suspensos os efeitos da aprovação pela Comissão Parlamentar Municipal de Inquérito dos Aplicativos (RDP nº 0006/2021 "CPI dos Aplicativos") dos pedidos de quebra dos sigilos fiscal e bancário da impetrante, com eventual acautelamento dos dados coletados ou o seu desentranhamento dos autos da CPI, em caso de já efetivada a quebra" (fls. 797/804).

Daí esta apelação.

O Presidente da "CPI dos Aplicativos" e a Câmara Municipal de São Paulo demandam a extinção do processo sem resolução do mérito, ante a in-

Acesso ao Sumário

competência do juízo "a quo", e a perda do objeto quanto à pretensão de acesso aos requerimentos nºs 196/2022 e 197/2022. No mérito, busca a denegação da segurança, pois fundamentada a quebra dos sigilos bancário e fiscal, dispondo as CPIs Municipais de poder para tanto.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 863/884), a D. Procuradoria de Justiça opina pelo desprovimento do recurso (fls. 895/900 e 910/917).

É o relatório.

1. Correta a distribuição do "mandado de segurança" para o Juízo de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Comarca de São Paulo, bem como a remessa da apelação para esta Câmara Criminal.

Ao contrário do que se afirma no recurso, a CPI, embora de natureza administrativa, igualmente apura, entre outros eventuais crimes, alguns contra a ordem tributária, ainda que não possa aplicar sanções. Na hipótese, o propósito da averiguação é examinar a prática dos delitos dos arts. 1º da Lei nº 8.137/90 (contra a ordem tributária), 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 (contra o sistema financeiro nacional), e 1º da Lei nº 4.729/65 (sonegação fiscal) pelas denominadas Operadoras de Tecnologia de Transporte Credenciadas (OTTC). Logo, como ponderado na decisão impugnada (fl. 799), aplicável a Resolução 811/09 do TJSP, que estabelece em seu art. 2º, como competência das Varas de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores, entre outras, o enfrentamento de "procedimentos relativos a crimes contra a ordem tributária e econômica previstos nos arts. 1°, 2°, 3° e 4° da Lei n° 8.137/90", "bem como delitos conexos".

Ademais, indicado o Presidente da CPI como autoridade coatora, a competência para analisar a matéria não é do Órgão Especial. Seria se o ato atacado fosse do Presidente da Câmara, nos termos do art. 74, III, da Constituição Estadual. Irrelevante que o segundo também tenha assinado os ofícios dirigidos à Receita Federal e ao Banco Central. Afinal, não foi ele quem ordenou a quebra dos sigilos e, principalmente, quem negou acesso aos autos da investigação, decisão questionada no mandado de segurança da "99". E, na clara redação do art. 6º, § 3°, da Lei 12.016/2009, autoridade coatora é "aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática", repita-se, o vereador Presidente da CPI.

Ainda sobre o tema, inaplicáveis os precedentes do Órgão Especial, um deles reproduzido à fl. 821, o outro citado à fl. 822. No primeiro, a pretensão era de extinção de CPI instalada por ato do Presidente da Câmara Municipal. No segundo, impedir a prorrogação de CPI autorizada também pelo Presidente do Parlamento local (fls. 498/501). Aqui, o que se discute é a negativa exclusiva do Presidente da CPI de acesso aos autos pelos investigados. O ato foi exclusivo do Presidente da CPI, sem concorrência do Presidente da Câmara.

Acesso ao Sumário

A corroborar esse entendimento, e, a rigor, encerrando a discussão a respeito, ao menos nestes autos, há o acórdão do Órgão Especial prolatado na Reclamação nº 2195794-56.2022.8.26.0000, referente a este caso, julgada em 10.05.2023. Nela, a Câmara dos Vereadores e o Presidente da CPI dos Aplicativos igualmente questionavam a competência do Juiz que enfrentou a causa. Eis a ementa do aresto:

RECLAMAÇÃO. Ajuizamento contra decisão da 1ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores de São Paulo, que concedeu mandado de segurança em favor de 99 Tecnologia Ltda, suspendendo os efeitos da quebra de sigilo fiscal e bancário aprovada pela CPI dos Aplicativos, com garantia, ainda, de acesso da impetrante aos documentos por ela indicados. Reclamação ajuizada com base no artigo 988, inciso I, do CPC. Alegação de que o Presidente da Câmara Municipal de São Paulo, como representante da Casa Legislativa, deveria ter integrado o polo passivo da lide, com consequente reconhecimento de competência do C. Órgão Especial para conhecimento da causa, nos termos do artigo 74, inciso III, da Constituição Estadual e do artigo 13, inciso I, alínea "a", do RITJSP. Tese rejeitada. Mandado de Segurança que foi impetrado contra ato atribuído ao Presidente da CPI, e que, dentro desse contexto, foi examinado e decidido pelo juízo reclamado. Usurpação somente ocorreria se o impetrante apontasse como autoridade coatora o Presidente da Câmara Municipal de São Paulo, e o processo fosse decidido em primeira instância, em contrariedade às disposições do artigo 74, inciso III, da Constituição Estadual e do artigo 13, inciso I, alínea "a", do RITJSP. Na verdade, se os reclamantes entendem que o mandado de segurança foi impetrado em face de autoridade errada, a questão a ser discutida não é de usurpação de competência de um órgão por outro, mas sim (e antes de tudo) de ilegitimidade de parte. E, sob esse aspecto, a decisão da reclamada (que aceitou expressamente a legitimidade do Presidente da CPI) desafia recurso próprio. O que não se concebe é que, por meio desta via excepcional, a posição adotada pela autoridade reclamada, nessa parte da legitimidade passiva, seja cassada e substituída por outra (com posicionamento diverso) para que, dessa forma, fique configurada a hipótese do artigo 988, inciso I, do CPC. Reclamação constitucional, ademais, que constitui medida excepcional e que, por isso, sendo de interpretação restritiva, não pode ser admitida fora das hipóteses legais. Na verdade, o que o Supremo Tribunal Federal destaca, em questões dessa natureza, acima de qualquer outro aspecto, é "a necessidade de máximo rigor na verificação dos pressupostos específicos da reclamação constitucional, sob pena de seu desvirtuamento" Carência da ação reconhecida. Processo extinto com base no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil. (TJSP; Reclamação 2195794-56.2022.8.26.0000; Relator (a): Ferreira Rodrigues; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central Criminal Barra Funda - 1ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital; Data do Julgamento: 10/05/2023; Data de Registro: 12/05/2023).

A tese de perda do objeto por conta da disponibilização do teor dos Requerimentos nºs 196/2022 e 197/2022 à empresa "99" igualmente não procede.

Acesso ao Sumário

Afinal, a liberação dos documentos, ocorrida em 21.07.2022, representou o resultado da determinação judicial às fls. 143/146, datada de 05.07.2022. Obviamente, o cumprimento de liminar não prejudica o julgamento do mérito.

Raciocínio semelhante vale para a petição às fls. 921/924, em que o Presidente da CPI sustenta perda do objeto do "writ" por conta da conclusão dos trabalhos da CPI e aprovação de relatório final em 12.12.2022. Ora, no momento da impetração, havia violação do direito líquido e certo da impetrante de acessar o teor dos Requerimentos nº 196/2022 e 197/2022, e o término do inquérito parlamentar, meses depois da sentença ora atacada, por óbvio não prejudica o resultado do mandamus. Afinal, a decisão proferida reconheceu que, naquele momento, ainda existia ilegalidade a ser afastada por esta via, o que foi feito.

2. Pretendia a "99" com o mandado de segurança que lhe fosse franqueado o "acesso aos autos da CPI e aos elementos de prova nele já documentados, incluindo o acesso ao inteiro teor dos Requerimentos acima indicados e das respectivas motivações e, (ii) como consequência, sustar o efeito das aprovações desses pedidos de quebra de sigilo bancário e fiscal" (fl. 14).

Na sentença, o Magistrado, não obstante tenha feito considerações acerca da impossibilidade, a seu ver, de CPIs Municipais ordenarem a quebra de sigilos bancário e fiscal de investigados, com fundamento em pronunciamento do então Ministro Joaquim Barbosa no julgamento da Ação Cível Originária 730-5/RJ (fls. 801/802), ateve-se, ao final, ao quanto postulado pela impetrante, concedendo a segurança nos limites do requerido, isto é, que fosse "a) (…) concedido à impetrante o acesso ao inteiro teor dos Requerimentos nº 196/2022 e 197/2022; e b) [que fossem] suspensos os efeitos da aprovação pela Comissão Parlamentar Municipal de Inquérito dos Aplicativos (RDP nº 0006/2021 "CPI dos Aplicativos") dos pedidos de quebra dos sigilos fiscal e bancário da impetrante, com eventual acautelamento dos dados coletados ou o seu desentranhamento dos autos da CPI, em caso de já efetivada a quebra" (fl. 803). O argumento irrebatível para tanto, na hipótese, foi a Súmula Vinculante 14, invocada na decisão (fls. 803/804).

Ou seja, mesmo que se ignore completamente a menção a suposta inviabilidade de CPI Municipal levantar os sigilos fiscal e bancário, a sentença permanece hígida, dada a fundamentação na Súmula Vinculante 14. Este o alicerce principal da decisão, por ser o mais pertinente ao pleito formulado no "writ". O outro argumento funcionou como simples reforço das ponderações do Magistrado, dentro da sua compreensão sobre o tema.

Note-se que a própria "99", em suas contrarrazões, admite que não impugnou a competência das CPIs municipais para a decretação de quebras de sigilo bancário e fiscal (fl. 879). Logo, não foi objeto de debate nos autos e, consequentemente, de manifestação exaustiva do julgador, que somente, reitere-se, apresentou a sua visão acerca do assunto.

Acesso ao Sumário

Nesse cenário, descabida a pretensão da Câmara, nesta apelação, de que se afirme a sua competência para decretar quebras de sigilos. Tal não foi objeto destes autos.

O mesmo raciocínio vale para a intenção de que se reconheça que devidamente fundamentados os Requerimentos nº 196/2022 e 197/2022. A impetrante não atacou as justificativas de tais determinações, apenas pediu acesso a elas. Não havia como ser diverso, aliás, porque a empresa ignorava completamente o conteúdo das medidas da CPI, não tendo como questionar suas motivações.

Em suma, as matérias veiculadas no recurso são estranhas ao abordado no feito. Se os apelantes entenderem conveniente, tais temas poderão ser suscitados em outro processo.

Ratifica-se, assim, a sentença, nos limites do pedido, para permitir o acesso da impetrante aos autos da CPI e aos elementos de prova já documentados e não relacionados a diligências em andamento, incluindo o teor integral dos requerimentos de quebra dos sigilos bancário e fiscal (números 196 e 197) e das respectivas motivações, bem como, por consequência, sustar os efeitos da aprovação dos referidos requerimentos, com o acautelamento dos dados eventualmente obtidos, se já efetivadas as quebras.

3. Frente ao exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1503533-82.2023.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RICARDO SANCHEZ, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, deram parcial provimento ao recurso, para desclassificar a incursão inicial do CP, art. 140, § 3º à do art. 140, § 2º, reduzindo-se as penas totais a 1 (um) ano, 1 (um) mês de detenção e 20 (vinte) dias-multa, em regime aberto, mantida, no mais, a sentença. V.U. Sustentou oralmente o adv. Dr. Dennys de Oliveira Martins. Usou da palavra o Exmo. Procurador de Justiça Dr. Walter Tebet Filho.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.977)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FARTO SALLES (Presidente sem voto), MACHADO DE ANDRADE e ZORZI ROCHA.

São Paulo, 14 de março de 2024.

EDUARDO ABDALLA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: LESÃO CORPORAL, INJÚRIA QUALIFICADA E EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (CONCURSO MATERIAL). Recurso defensivo.
PRELIMINAR. Pretendido reconhecimento de decadência da lesão corporal. Inocorrência. Representação em relação à injúria qualificada que, como consequência lógica, se estende, sem contar que não exige formalidade. Rejeição.
MÉRITO. Absolvição geral. Impossibilidade. Autoria e materialidades bem delineadas. Lesões reciprocas não caracterizadas. CP, ART. 140, § 3º. Desclassificação ao art. 140. § 2º.
DOSIMETRIA. Redução do aumento na primeira fase quanto ao art. 129, *caput*. Penas diminuídas. Inaplicabilidade das substituições do art. 129, § 5º e art. 44. Modificação ao regime aberto.
PARCIAL PROVIMENTO.

VOTO

Trata-se de **APELAÇÃO CRIMINAL** interposta por **RICARDO SANCHEZ**, contra a sentença proferida pelo Juízo da 31ª Vara Criminal de São Paulo, que o **condenou** às penas de **1 ano de reclusão e 10 dias-multa; 1 ano de detenção; 6 meses de detenção e 10 dias-multa, pecuniárias no piso e regime semiaberto, além de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, pelo mesmo período**, como incurso, respectivamente, no CP, art. 140, § 3º, art. 129, ***caput*** e CTB, art. 306, ***caput***, recurso em liberdade.

Em preliminar, postula reconhecimento de decadência, com consequente extinção da punibilidade, quanto ao crime de lesão corporal. No mérito, absolvição geral, por insuficiência probatória e, de forma subsidiária, redução das sanções e substituições previstas no CP, art. 129, § 5º.

Devidamente processada, a **PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA** opinou pelo desprovimento.

É o relatório.

Repele-se a preliminar.

Alegada decadência por falta de representação: a vítima expressamente ofertou representação quanto ao crime de injúria (fls. 12) o que, obviamente, se estende à lesão corporal, pois, na mesma oportunidade, detalhou as agressões sofridas e colaborou com toda instrução criminal, de tal forma que inequívoco seu interesse de vê-lo processado também pelo crime CP, art. 129, ***caput***, lembrando-se que essa condição de procedibilidade prescinde de mais formalidades, bastando a inequívoca vontade em ver o agente ser processado, como no caso,

Acesso ao Sumário

Neste sentido, extrai-se excerto da sentença: *"(...) De se ressaltar, ainda, que* ***a vítima, quando ouvida em sede inquisitiva, a fls. 12, manifestou o desejo de representar criminalmente contra o réu, e embora tenha constado em seu depoimento que a representação seria em face da injúria, é certo que se pode inferir também o desejo de representação quanto ao crime de lesão corporal, posto que a vítima compareceu em Delegacia para narrar os fatos, inclusive narrando as lesões sofridas****, o que fez também em Juízo"* (fls. 286 - grifado).

Na questão de fundo, a acusação é de que, segundo a denúncia, *"(...) no dia 28 de janeiro de 2023, por volta das 23 horas, na Rua Bresser 2.152, Mooca, nesta Capital,* ***RICARDO SANCHEZ****, qualificado a fls. 15, conduzia a motocicleta YAMAHA/NMax preta, placa FKS-1B45, com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool.*

Consta ainda que, no mesmo dia, hora e local, logo após os fatos supranarrados, o indiciado já qualificado injuriou D. L. F., com a utilização de elementos referentes a sua orientação sexual, ofendendo-lhe a dignidade e o decoro.

Consta, por fim, que, no mesmo dia, hora e local, logo após os fatos supranarrados o indiciado já qualificado ofendeu a integridade corporal da mesma vítima, causando-lhe os ferimentos constantes de laudo pericial a ser oportunamente juntado".

Interrogado, negou as imputações. Conduzia sua motocicleta, quando foi "fechado" por outra moto. Mais à frente, no semáforo, a ocupante dessa motociclista (vítima) passou a xingá-lo. Diante disso, pegou o celular para filmar a placa do veículo, quando ela tomou seu aparelho e o jogou longe; não satisfeita, tentou agredi-lo. Somente para se defender, jogou seu capacete em sua direção. Não ingeriu bebida alcoólica. No IML, ao conversar com o médico, foi constatado que não estava embriagado, refutando ter dito que havia ingerido algumas latas de cerveja.

As escusas não convencem.

A vítima relatou que trabalhava normalmente, realizando entregas, quando o apelante se aproximou em outra moto, fez gestos e falou algo. Como estava em uma rua escura, acelerou; contudo, **RICARDO**, conduzindo sua motocicleta em "zigue- zague", passou a segui-la, até que pararam em um semáforo. O apelante mandou beijos e disse que *"queria fazer um sexo gostoso"*. Disse ser homossexual e pediu respeito. Diante disso, **RICARDO** desembarcou e falou *"Ah, então você é sapatão, então vai apanhar que nem homem!"*. Foi jogada ao chão, agredida com o capacete e tapas no rosto. Algumas pessoas intervieram e o apelante cessou as investidas. Sentiu odor etílico nele. Refutou ter iniciado a discussão por ele ter lhe "fechado".

A testemunha *Ricardo* chegou ao local no momento da briga e ainda presenciou o apelante agredindo a vítima, tanto física, quanto verbalmente. Desem-

barcou de sua moto e a ajudou. **RICARDO** bateu com o capacete, desferiu tapas no rosto e a derrubou ao solo. O apelante estava alterado e dizia que ela lhe ofendera. Ouviu **RICARDO** a chamar de "*sapatona*", além de outros xingamentos.

Renato, funcionário do apelante, a nada presenciou, mas afirmou que estava com ele antes do ocorrido e não o viu ingerir bebida alcoólica.

Os PMs *Willian* e *Ana*, acionados, foram informados dos fatos por testemunhas e vítima, esta bastante assustada. O apelante aparentava estar embriagado, com forte odor etílico e desorientado.

Prova mais que suficiente.

Embriaguez ao volante

A despeito de o laudo de verificação de fls. 124/126 ter concluído que o apelante não apresentava sinais de embriaguez, o delito ficou devidamente caracterizado.

Além de ter sido confeccionado cerca de duas horas e meia após os fatos (01h30min), quando o efeito do álcool, naturalmente, estava suavizado, **RICARDO** ainda se recusou a realizar exame de sangue e urina, restando totalmente compreensível o resultado negativo. Todavia, ele admitiu ter ingerido algumas cervejas, havendo farta prova oral de que se encontrava embriagado, o que é suficiente, nos termos do CTB, art. 306, § 2º (entre outros, vídeo, prova testemunhal ou outros meios em direito admitidos), tornando estéril qualquer discussão sobre eventual descumprimento de resolução administrativa.

Lesão corporal

A materialidade foi constatada pelo laudo pericial de fls. 127/128, que atestou *"(...) escoriação na região do punho esquerdo e na região do joelho esquerdo. Presença de equimose arroxeada na região poplítea à esquerda"*, compatíveis, portanto, com os seguros e coesos relatos da vítima, havendo nexo causal.

Não há como se acolher a ventilada tese de ocorrência de lesões recíprocas, porque afastadas pela prova oral e laudo pericial de fls. 129/130, que não apontou qualquer lesão no apelante.

Injúria qualificada

Ainda que o apelante tenha ofendido a honra e o decoro da vítima, em razão de elementos discriminatórios de orientação sexual, chamando-a pejorativamente de *"sapatão"*, dizendo que *"como era sapatão, iria apanhar igual homem"*, tal hipótese não está inserida no tipo penal do CP, art. 140, § 3º, que somente prevê a ***"utilização de elementos referentes a religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência"***, não se podendo equipará-la por ofensa ao princípio da reserva legal e impossibilidade de analogia ***in malam partem*** em seara criminal.

Cuida-se, portanto, de injúria real do art. 140, § 2º - *"Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se*

Acesso ao Sumário

considerem aviltante", ora reconhecida (CPP, 617), cuja ação penal é pública incondicionada (CP, art. 145, ***caput***),

A tanto se acresça, não ser caso de incidência da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime Racial), que passou a vigorar com as seguintes alterações: *"Art. 2º-A Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional"*, porquanto não objeto da denúncia, vedada a ***mutatio libelli*** nessa instância, nos termos da Súmula/STF, nº 453.

Dosimetria

A inicial da lesão corporal foi estabelecida no máximo, 1 ano de detenção, *"(...) pois agiu com dolo intenso, praticando as agressões contra vítima mulher, o que era facilmente constatável na situação, inclusive porque as agressões ocorreram após o réu tê-la assediado, sendo certo que tinha sobre ela maior envergadura e força, desferindo inclusive golpes com o próprio capacete que o acusado utilizava"* (fls. 287) o que, a despeito de idôneo, foi exagerado, readequando-se a 1/3: **4 meses de detenção.**

As demais partiram dos mínimos, agora **3 meses e 10 dias-multa** (injúria real) e **6 meses de detenção e 10 dias-multa, além da suspensão para dirigir pelo mesmo período** (embriaguez ao volante).

Ausentes agravantes ou atenuantes,

Não há causas de aumento. Inaplicável a causa de diminuição do art. 129, § 5º, porque não consta ter o agente cometido o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida eventual injusta provocação da vítima.

Derivadas de desígnios autônomos, acertadamente reconhecido o concurso material, perfazem definitivas agora em **1 ano, 1 mês de detenção e 20 dias-multa**, além da suspensão do prazo para dirigir veículo automotor, por seis meses.

Inviabilizada qualquer substituição ou ***sursis*** (CP, art. 44, I e art. 77, II), possível, por outro lado, tendo em vista a primariedade e o montante ora reajustado, a fixação do regime aberto, nada mais podendo pretender.

Diante do exposto, **rejeitada a preliminar, dá-se parcial provimento ao recurso, para desclassificar a incursão inicial do CP, art. 140, § 3º à do art. 140, § 2º, reduzindo-se as penas totais a 1 (um) ano, 1 (um) mês de detenção e 20 (vinte) dias-multa, em regime aberto, mantida, no mais, a sentença.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500210-97.2022.8.26.0424, da Comarca de Pariquera-Açu, em que é apelante

DANIELA PEREIRA ROSA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR V.U., DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao apelo para reduzir a prestação pecuniária para 01 (um) salário-mínimo e, de ofício, corrigiram o erro material no dispositivo da r. sentença para fazer constar a pena de multa, indiscutivelmente aplicada, em 14 (quatorze) dias-multa, no valor unitário de meio salário-mínimo, mantida, no mais, a r. sentença, por seus próprios e precisos fundamentos. Transitada em julgado, COMUNIQUE-SE para realização de admonitória e expedição de Guia de Execução.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (**Voto nº 28.558)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e GRASSI NETO.

São Paulo, 14 de março de 2024

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: PENAL. APELAÇÃO. INJÚRIA QUALIFICADA PELO PRECONCEITO. CONDENAÇÃO. RECURSO DA DEFESA.

Pretendida a absolvição por atipicidade da conduta, insuficiência de provas. Subsidiariamente, a aplicação do perdão judicial. *Parcial provimento*.

1) Condenação legítima. Acusada que proferiu ofensas dirigidas à vítima, referentes à sua raça, etnia e origem, com evidente intuito de injuriá-lo. Dinâmica da conduta adequadamente esclarecida pela prova oral. Coesos relatos do ofendido e das testemunhas a comprovar a ocorrência do delito de injúria, tal como descrito na inicial acusatória.

2) Reconhecimento do perdão judicial. *Impertinência*. Na ausência de retorsão imediata, que consista em outra injúria, impertinente a aplicação do perdão judicial. Inteligência do artigo 140, §1º, do Código Penal.

3) Redução da prestação pecuniária. *Pertinência*. Forçosa a redução da prestação pecuniária diante da ausência de fundamentação para a aplicação em valor superior. Fixação no valor de 01 (um) salário-mínimo. Parcial provimento.

VOTO

VISTO.

Trata-se de **APELAÇÃO** em face de sentença condenatória/absolutória proferida na ação penal acima referenciada (publicada em 23 de março de 2023 - fls. 269).

A denúncia oferecida (fls. 165/167 - recebida em 17 de agosto de 2022 - fls. 170) imputou à acusada **DANIELA PEREIRA ROSA** crimes previstos no artigo 140, §3º, c.c o artigo 141, inciso II e artigo 147, na forma do artigo 69, todos do Código Penal (injúria racial e ameaça). Segundo ali descrito, no dia 09 de março de 2022, por volta das 20h35min, no Hospital Regional Leopoldo Bevilacqua, localizado na Rua dos Expedicionários, nº 140, na comarca de Pariquera-Açu, ela, a **acusada** injuriou o funcionário público *Guillermo Daniel Vinueza Constante*, em razão de suas funções, ofendendo-lhe a dignidade e o decoro, utilizando-se de elementos referentes a raça, etnia e origem. Nas mesmas circunstâncias de tempo e local, a **apelante** ameaçou a vítima *Guillermo Daniel Vinueza Constante*, por palavras, de causar-lhe mal injusto e grave. Segundo apurado, a **acusada** e o ofendido eram funcionários públicos do Hospital Regional Leopoldo Bevilacqua, sendo que ambos exerciam a função de médico no dia dos fatos. Foi assim que, durante o plantão médico, **DANIELA** foi até a sala que o ofendido se encontrava, a fim de lhe injuriar, chamando-o de "vagabundo, que não trabalha, e que não ajudou a organizar a ficha dos pacientes". A vítima questionou o motivo de tais ofensas, ao que a **ré** continuou a injuriá-lo, desta feita desqualificando a formação acadêmica e a origem estrangeira do ofendido, que é de nacionalidade equatoriana e graduado na Argentina. Após sair da sala, a **acusada** seguiu o ofendido, ofendendo-o de "chicano", e dizendo que "é xenófoba mesmo", que é "da raça ariana", bem como que a vítima não deveria trabalhar no hospital, pois tinha "educação duvidosa, sem qualidade". Não satisfeita, **DANIELA** ameaçou o ofendido, dizendo: "eu posso até mandar te matar, você não sabe do que eu sou capaz".

Das provas pertinentes, existem nos autos, boletim de ocorrência (fls. 05/06), além dos depoimentos, porque arrolados pelas partes, da vítima Guilhermo Daniel Vinueza Constante (fls. 08 e mídia), das testemunhas Edson Marques Manoel (fls. 66 e mídia), Rubens Ferreira Machado (fls. 67 e mídia), Richard Albert Schwangart (fls. 68 e mídia), Clarice Ramos (mídia) e Rogério Amaro (mídia), concluídas, então, com o interrogatório (fls. 77/78 e mídia).

Ao final da instrução, **DANIELA** foi **condenada** por incursa no artigo 140, §3° (com redação anterior à Lei nº 14.532/23), c.c artigo 141, inciso II, ambos do Código Penal, às penas privativa de liberdade de **01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, em regime inicial **aberto** (verifica-se que, por erro material, não constou no dispositivo da sentença a pena de multa aplicada, qual seja, 14 dias-multa, no valor unitário de meio salário mínimo, o que será ao final corrigido), substituída a privativa de liberdade por duas restritivas

Acesso ao Sumário

de direitos (prestação pecuniária no importe de 05 salários mínimos e limitação de fim de semana), bem como **absolvida** da imputação relativa ao crime previsto no artigo 147 do Código penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Concedido o direito de apelar em liberdade.

Inconformada, **DANIELA** apelou, pretendendo a absolvição por atipicidade da conduta, por ausência de dolo. Subsidiariamente, a não aplicação de pena em razão da retorsão imediata e proporcional à injúria perpetrada pela vítima. Alegou ter ocorrido apenas um desentendimento entre colegas de trabalho e em tom irônico (fls. 280/288).

Contrarrazões às fls. 291/294, pelo não provimento do recurso, com manifestação da douta Procuradoria Geral de Justiça em igual sentido (fls. 348/357).

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

De proêmio, **indefere-se** o pleito de suspensão da tramitação do presente recurso até que concluído o procedimento administrativo instaurado a pedido da ora **apelante** (conforme pleiteado às fls. 312/315). Isto porque, apesar de o presente recurso ter sido cadastrado nesta Instância com a palavra "*preconceituosa*" no campo "**assunto**", ao invés de *injúria preconceituosa* ou *injúria qualificada pelo preconceito*, em hipótese alguma pode admitir que tal referência indica *juízo* de valor antecipado, na medida em que este *Julgador*, apenas agora, toma ciência do caso e realiza, com total imparcialidade, a detida análise das provas, conforme abaixo se verá. O eventual equívoco ou irregularidade no simples *cadastramento*, chamado a atenção pela Defesa da ora **apelante**, obviamente de forma alguma terá "impacto no mérito do julgamento", porque nenhuma relação ou antecipação surgiu por parte da d. Turma Julgadora. Mais não necessita ser dito.

Afastada tese caracterizadora de INOVAÇÃO RECURSAL, por **inviável de conhecimento**, apresentada em momento de sustentação oral. Alegação de pagamento efetuado a título de indenização, prejudicando prestação pecuniária. Questão, de qualquer forma, passível de avaliação em sede de Execução, na forma do artigo 45, §1º, última parte, do Código Penal e artigo 387, IV, do Código de Processo Penal.

Materialidade e autoria demonstradas nos autos, diante das provas amealhadas (acima referidas).

Na fase inquisitiva, **DANIELA** negou a prática do delito. Afirmou que estava assoberbada durante o plantão médico, quando viu o ofendido lendo um livro e lhe solicitou ajuda no atendimento aos pacientes, contudo Guilhermo ignorou seu pedido. Mais tarde, estava na sala de descanso médico, quando Guilhermo chegou muito alterado, dizendo-lhe que "era louca, filha da puta, problemática, que precisava tomar remédios" entre outras ofensas, tudo em tom ameaçador, ocasião em que respondeu não ter medo dele. Posteriormente, no

Acesso ao Sumário

posto de enfermagem, foi tirar satisfação com o ofendido, o qual passou a fazer provocações (fls. 77/78). Em juízo, manteve a negativa. Acrescentou ter se sentido intimidada por Guilhermo, que chegou na sala de descanso apontando-lhe o dedo e discutindo, inclusive, "pisando em sua ferida", já que ele tinha conhecimento de seu transtorno bipolar. Declarou ter falado de forma irônica que era nazista, não se recordou de tê-lo chamado de chicano e disse que se referiu à formação duvidosa dele, não por ser estrangeira, mas pela maneira como ele a tratou (mídia).

A vítima Guilhermo narrou os fatos conforme retratados pela acusação. Declarou ter nacionalidade equatoriana e ter se formado em medicina na Argentina. Confirmou que, na data dos fatos, atendeu os pacientes que já tinham passado pela triagem e, enquanto esperava os próximos, começou a ler um livro, ocasião em que **DANIELA** chegou e o chamou de vagabundo, acusando-o de fazer corpo mole e de não gostar de trabalhar. Esclareceu que não tinha muito contato com a **acusada**, mas sabia que ela costumava ter problemas de convivência com os colegas. Após essa primeira ofensa, dirigiu-se à sala de descanso médico e lá encontrou a **apelante**, tendo, então, de forma tranquila tirado satisfação com ela. Contudo, a **acusada** tornou a destratá-lo, dizendo que sua formação acadêmica era duvidosa, iniciando, assim, uma discussão, que foi presenciada pelo Dr. Rubens. Na ocasião respondeu à altura, dizendo que "ela deveria respeitá-lo", "que não era sua chefe" e "que pensava que era quem para falar daquela forma com ele". Logo em seguida, saiu da sala e, no posto de enfermagem, começou a contar para os colegas o que estava acontecendo, oportunidade em que **DANIELA** chegou e o chamou de "chicano" (termo pejorativo utilizado pelos norte americanos para se referirem aos mexicanos), desse modo, rebateu dizendo que ela estava sendo xenofóbica e a acusada afirmou que era racista mesmo, que era da raça ariana, da família de Hitler e tornou a desrespeitá-lo, dizendo que ele não merecia estar onde estava e que deveria voltar para seu país, além de tê-lo ameaçado de morte. Esclareceu que na data do ocorrido já era final de pandemia e não tinham muitos pacientes, tanto é que a **acusada** foi para a sala de "conforto médico" antes dele. Declarou que se sentiu ofendido e ameaçado por ela e acrescentou que na ocasião, a **recorrente** falou tudo com convicção, jamais em tom de ironia (mídia).

A testemunha Rubens relatou que no interior da sala de "conforto médico" presenciou a discussão entre o ofendido e a **acusada**, sendo que ela se dizia incomodada e levantou a ideia de que Guilhermo estava fazendo "corpo mole", utilizando-se de palavras ofensivas. Esclareceu, contudo, que havia uma divisão nos atendimentos, sendo que o ofendido estava atendendo os pacientes com sintomas de Covid, enquanto a **ré** realizava outros atendimentos. Na ocasião, **DANIELA** questionou a qualidade da formação de Guilhermo. Em seguida, a discussão se estendeu até o posto de enfermagem, local em que a **acusada** fez

Acesso ao Sumário

referência à origem étnica da vítima e o chamou de chicano. Após tal ofensa, deixou o local e não presenciou o restante da discussão (mídia).

A testemunha Richard disse que escutou a discussão vinda da sala de repouso dos médicos e, já em seguida, no posto de enfermagem, presenciou **DANIELA** chamando Guilhermo de vagabundo e o desqualificando como profissional. Ela o chamou de chicano e afirmou ser xenofóbica, exaltando que toda sua família era nazista e da raça ariana. Também disse que ele não sabia do que ela era capaz. Ressaltou que Guilhermo se portou de forma serena. Indagado, afirmou que o tom utilizado por **DANIELA** não era de ironia, pelo contrário, na ocasião ela foi muito incisiva (mídia).

A testemunha Rogério, funcionário da família da **acusada** há aproximadamente 15 anos, afirmou ter procurado o ofendido para resolver a situação de forma amigável. Declarou ter tomado tal atitude sem que ninguém lhe tivesse solicitado, mas tão somente por conhecer o caráter de **DANIELA**. Disse que na ocasião em que procurou o ofendido, ele afirmou ter provocado a **recorrente** (mídia).

A testemunha Clarice declarou desconhecer qualquer conduta que desabonasse a **acusada**, afirmando que ela sempre foi uma profissional sensata e com bom relacionamento com os pacientes e colegas (mídia).

Observada a prova colhida, resta avaliar e motivar sobre a sentença proferida, levando em conta as considerações e requerimentos das partes dentro do inconformismo apresentado.

Respeitados os argumentos defensivos, forçoso reconhecer que a **apelante** cometeu o crime de injúria qualificada pelo preconceito, conforme descrito na inicial acusatória. O ofendido detalhou a dinâmica dos fatos, apontando, que durante a discussão, **DANIELA** chamou-o de chicano, afirmou ser xenofóbica, exaltando que era nazista e da raça ariana, além de tê-lo desqualificado como profissional ao dizer que sua formação acadêmica (lembra-se, estrangeira) era duvidosa. A narrativa do ofendido foi integralmente roborada pelas declarações das testemunhas Rubens e Richard, que presenciaram os fatos e confirmaram as ofensas proferidas pela **acusada**, inclusive referentes à origem étnica de Guilhermo. Richard, aliás, foi enfático ao declarar que em nenhum momento **DANIELA** falou em tom de ironia, conforme argumenta a Defesa, pelo contrário, afirmou que ela foi incisiva em suas ofensas, assim como também relatou o próprio ofendido, não havendo, portanto, que se falar em ausência de dolo. Por outro lado, em que pese a testemunha Rogério tenha declarado em juízo que Guilhermo lhe admitiu ter provocado a **ré**, suas declarações devem ser analisadas com reservas, na medida em que ele era funcionário da família da **recorrente** havia cerca de 15 anos, não presenciou os fatos e se dirigiu até o hospital a procura da vítima para "resolver a situação de forma amigável", o que deve ser considerado, no mínimo, estranho, demonstrando sua parcialidade no caso em

Acesso ao Sumário

análise. Verifica-se, então, que a **acusada**, para atingir a honra subjetiva de Guilhermo, utilizou-se de elementos referentes a sua etnia, raça e origem, configurando-se o delito de injúria qualificada pelo preconceito, também denominado injúria preconceituosa.

Destaca-se, não há que se falar em perdão judicial nos termos do artigo 140, §1º, inciso II, do Código Penal (retorsão imediata), conforme pleiteado, pois de acordo com o conjunto probatório colhido, as ofensas foram iniciadas por **DANIELA**, aliás, as testemunhas presenciais, embora tenham confirmado que houve discussão entre as partes, em nenhum momento relataram fatos que pudessem configurar o crime de injúria praticado por Guilhermo, pelo contrário, Richard até destacou que o ofendido conseguiu se manter sereno mesmo frente à gravidade dos fatos.

Assim, diante do quadro probatório apresentado, correta se mostrou a condenação da **apelante** pelo crime de injúria qualificada pelo preconceito, ora mantida.

Passa-se à análise da dosimetria das penas.

No tocante, assim surgiu motivada a r. sentença: *"Pelo que consta dos autos, a sentenciada é primária. A culpabilidade deve ser considerada como circunstância negativa, uma vez que a ré, como médica e plantonista de um hospital público, tinha a obrigação de se comportar com ética e empatia, buscando resolver eventual conflito com base no diálogo e, ao não agir desse modo, sua conduta tornou-se mais reprovável. As demais circunstâncias judiciais são normais à espécie delitiva. Estabeleço a pena base no mínimo legal, em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa. Não há circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas. Na terceira fase, incide a causa de aumento prevista no artigo 141, II do CP, uma vez que o crime foi cometido contra funcionário público e em razão da sua função exercida. Portanto, aumento a pena em um terço e torno final a sanção de 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa. Atentando aos critérios do artigo 33, parágrafos 2º, "c", e 3º, e artigo 59, III, ambos do Código Penal, estabeleço o regime aberto para o início do cumprimento da pena. Entendo a acusada faz jus aos benefícios previstos no artigo 44 do Código Penal, uma vez que é primária e a substituição é recomendável para a reprovação da conduta. Sendo assim, substituo a pena corporal por duas restritivas de direito, consistentes em prestação pecuniária no valor de 05 (cinco) salários-mínimos e limitação de fim de semana. Ante as condições econômicas da acusada, fixo o valor do dia-multa em meio salário-mínimo. Diante do regime imposto, autorizo o apelo em liberdade. À luz do exposto, julgo parcialmente procedente a presente ação penal e, por consequência, condeno DANIELA PEREIRA ROSA, já qualificada nos autos, como incursa no artigo 140, § 3º, com a redação anterior à Lei nº 14.532/23, c/c art. 141, II,*

Acesso ao Sumário

ambos do Código Penal, a cumprir 01 (um) ano, 06 (seis) meses e (20) vinte dias de reclusão em regime inicial aberto, substituída por restritivas de direitos nos termos acima. ABSOLVO a ré em relação ao crime previsto no artigo 147 do CP, com fundamento no artigo 386, VII do CPP. Diante do regime imposto, autorizo o apelo em liberdade." (fls. 266/267).

Na primeira etapa, a basilar foi adequadamente fixada em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, em razão da maior reprovabilidade da conduta, circunstância desfavorável devidamente justificada pelo magistrado sentenciante, perfazendo-se em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, e pagamento de 11 (onze) dias-multa, no valor unitário de meio salário-mínimo, em razão da condição econômica da **ré**.

Na segunda fase, ausentes agravantes e atenuantes, a reprimenda permaneceu inalterada.

Na derradeira etapa, reconhecida a causa de aumento prevista no artigo 141, inciso II, do Código Penal (crime praticado contra servidor público no exercício de suas funções), houve incremento no índice legal de 1/3 (um terço), resultando na pena definitiva de **01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa**, no valor unitário de meio salário-mínimo.

A fixação de regime aberto para o cumprimento da pena mostrou-se adequada ao caso, nos termos do artigo 33, §2º, letra *c*, e §3º, do Código Penal.

Da mesma forma, de fato, apresentou-se cabível a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em limitação de fim de semana e prestação pecuniária (no valor de cinco salários-mínimos). Ressalto, entretanto, que o juízo *a quo* não justificou o valor exacerbado da prestação pecuniária, a qual, no caso, deve ser reduzida ao mínimo, de **01 (um) salário-mínimo**, em favor de instituição a ser especificada pelo Juízo das Execuções.

Por todo o exposto, pelo meu voto, no conhecido, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao apelo para reduzir a prestação pecuniária para **01 (um) salário-mínimo** e, de ofício, corrijo o erro material no dispositivo da r. sentença para fazer constar a pena de multa, indiscutivelmente aplicada, em **14 (quatorze) dias-multa, no valor unitário de meio salário-mínimo**, mantida, no mais, a r. sentença, por seus próprios e precisos fundamentos.

Transitada em julgado, COMUNIQUE-SE para realização de admonitória e expedição de Guia de Execução.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº

1500501-79.2023.8.26.0548, da Comarca de Paulínia, em que são apelantes THIAGO HENRIQUE FAUSTINO DA SILVA e VITOR MORAES SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 57.700)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), GRASSI NETO e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 21 de março de 2024.

SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa: Apelação. Artigo 158, §§ 1º e 3º, do Código Penal. Recurso defensivo postulando a absolvição por insuficiência probatória. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Existência de amplo conjunto probatório, suficiente para autorizar o decreto condenatório, nos moldes em que foi proferido. Pedidos subsidiários objetivando a desclassificação para o delito de exercício arbitrário das próprias razões ou, quando não, para a modalidade simples da extorsão, bem como a fixação da pena-base no mínimo legal, o afastamento da causa de aumento relativa ao concurso de pessoas e a fixação do regime inicial semiaberto. Descabimento. Dolo do crime de extorsão plenamente demonstrado. Causa de aumento e qualificadora evidenciadas. Penas e regime fechado bem fixados e que não comportam reparo. Recurso defensivo não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Pela r. sentença de fls. 324/330, cujo relatório fica adotado, o réu **Thiago Henrique Paustino da Silva**, qualificado nos autos, foi condenado à pena de 10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, no piso legal, e o réu **Vitor Moraes Silva**, vulgo "Marreta", qualificado nos autos, foi condenado à pena de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, no piso legal, como incursos no artigo 158, §§ 1º e 3º, do Código Penal.

Inconformados, apelam os sentenciados, postulando a absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, buscam a desclassificação para o

crime de exercício arbitrário das próprias razões ou, quando não, para a modalidade simples da extorsão, bem como a fixação da pena-base no mínimo legal, o afastamento da causa de aumento prevista no § 1º, do artigo 158, do CP, e a fixação do regime inicial semiaberto (fls. 360/383).

O recurso foi regularmente processado, com contrarrazões (fls. 391/395), manifestando-se a d. Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do apelo (fls. 405/413).

Este é o relatório.

Inicialmente, convém registrar que o processo teve andamento regular e aos acusados foi assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, bem como respeitado o devido processo legal.

Dito isso, em que pese o esforço e a combatividade da nobre Defesa, anoto que a condenação dos réus foi bem decretada.

Com efeito, a lógica dos fatos, corretamente analisados na r. sentença, indica que no dia 09/02/2023, por volta das 11h50, na Avenida José Paulino, nº 970, Nova Paulínia, na cidade de Paulínia, os réus **Vitor Moraes Silva**, vulgo "Marreta", e **Thiago Henrique Faustino da Silva**, agindo em concurso, constrangeram a vítima Vitória Caroline Souza, mediante grave ameaça e restrição de liberdade, com o intuito de obter, para si ou para outrem, indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa.

Segundo se apurou, o ex-marido da vítima, Gabriel Henrique Silva, comercializava entorpecentes para o réu **Vitor**, vulgo "Marreta". Apurou-se que Gabriel vendera drogas para **Vitor**, contudo, deixou de repassar ao referido réu o produto da venda, ou seja, a quantia de R$ 290,00.

Assim é que, no dia dos fatos, após enviar mensagens pelo aplicativo *WhatsApp* à vítima, cobrando-lhe a quantia acima, **Vitor** e **Thiago** invadiram a residência da amiga de Vitória, Erenice de Fátima, local em que a vítima estava com a sua filha. Ato contínuo, **Vitor** passou a perguntar por Vitória, exibindo olhar ameaçador, enquanto **Thiago** fazia cobertura na área externa do imóvel.

Na ocasião, os acusados exigiram que Vitória pagasse o valor de R$ 290,00, decorrente da venda de entorpecentes realizada pelo ex-marido dela.

Vitor a constrangeu, exigindo que ela colocasse seu cartão na máquina de cartão de crédito exibida por ele, mas ao fazê-lo, a transação foi recusada por ausência de saldo na conta bancária da ofendida.

Em seguida, os réus colocaram a vítima no interior do carro e a levaram a uma agência do Banco Santander, contra sua vontade, a fim de que ela realizasse saque bancário. Ao chegarem na agência, **Thiago** disse para a vítima que ela somente sairia do local com o valor exigido.

Não obstante, Vitória conseguiu acionar a Polícia Militar e deixar o estabelecimento, momento em que os acusados foram detidos (fls. 175-d/177-d).

Assim, resumidos os fatos, importa assinalar que, na fase policial, os réus

Acesso ao Sumário

permaneceram em silêncio (fls. 09/10 e 11/12). Em Juízo, ambos negaram os fatos.

Thiago disse que estava em sua casa quando Vitor chegou e lhe pediu para levá-lo a um bairro a fim de cobrar uma dívida. Chegando ao local, a vítima pediu que a levassem ao Banco para sacar o dinheiro, o que foi feito. Não soube dizer por que a vítima acionou a polícia militar. Possui passagem por tráfico de drogas e não faz uso de entorpecentes (mídia).

Vitor, a seu turno, alegou ter encontrado a ofendida no dia anterior ao fato, ocasião em que ela lhe pediu para que ele fosse até a casa de uma amiga dela, onde seria efetuado o pagamento de R$ 150,00 que ele havia emprestado a ela. Chegando ao local, Vitória disse que não estava com o dinheiro em mãos e se ele poderia levá-la ao Banco. Então, pediu uma carona a Thiago, indo todos à agência bancária, onde a esperaram do lado de fora. No entanto, em dado momento foram abordados para averiguação. Depois foram conduzidos à delegacia. Tomou ciência da acusação de extorsão somente quando chegaram no distrito policial. Até hoje não sabe dizer o motivo pelo qual a vítima o teria acusado injustamente de tal crime. Não tem condenação criminal (mídia).

A prova amealhada aos autos é amplamente desfavorável aos réus.

Registre-se que os depoimentos da vítima e das testemunhas acusatórias, acrescidos do auto de prisão em flagrante (fls. 01), boletim de ocorrência (fls. 15/18) e auto de exibição e apreensão (fls. 19/20) servem como prova cabal da materialidade delitiva e também se constituem em importantes elementos de prova para a definição da autoria e formação do juízo de culpabilidade.

Ouvida em Juízo, a vítima Vitória Caroline de Souza declarou que no dia dos fatos estava na casa da sua sogra quando os réus apareceram no local dizendo para irem até o bar, onde funciona o comércio deles. No trajeto mencionaram o valor de R$ 150,00 que seria relativo a uma dívida de seu ex-companheiro, Gabriel, o qual trabalhava com o réu **Vitor**, traficando. Chegando ao comércio deles tentou passar o cartão, mas não conseguiu. Eles, então, a conduziram à agência bancária e **Thiago** disse que somente sairiam do local com o dinheiro em mãos, ao que ela disse que "ia ver o que podia fazer". No início, disse que não foi ameaçada pelos acusados, entretanto, sentiu-se ameaçada depois deles dizerem que ela seria levada "ao paredão" após seu cartão não ter passado no bar, razão pela qual acabou indo ao Banco com eles. Dias antes do ocorrido já vinha sendo cobrada da dívida por *WhatsApp*, cujas mensagens eram enviadas pelo réu **Vitor**. Os acusados ficaram esperando por ela dentro do carro, enquanto ela entrou na agência bancária e acionou a Polícia Militar. Ao deixar a agência, notou que eles não estavam mais na frente do local, aproveitando-se disso para entrar em uma loja de roupas ali próximo. Quando os réus foram "enquadrados" pela polícia, disseram que eram agiotas e que ela devia a eles a quantia de R$ 1.500,00. Afirmou não manter qualquer relação com os réus no tocante a supos-

Acesso ao Sumário

tos "golpes de pix". A única relação era esta do débito de seu ex-companheiro. Ainda assim, após os fatos, teve uma abordagem no bairro por conta de um "golpe de pix", mas a situação foi resolvida, pois ela pagou o valor devido à vítima, sendo a celeuma intermediada pelo policial que recebeu a ocorrência. Reiterou que se sentiu ameaçada no dia do ocorrido, acrescentando que as ameaças se intensificaram após os fatos (mídia).

As palavras da vítima, evidentemente, merecem crédito, não sendo preciso citar aqui a torrencial jurisprudência e a lição dos doutrinadores quanto à validade das palavras da vítima nos crimes patrimoniais, mormente quando, como no caso em tela, inexiste motivo para infundada incriminação a inocente.

Frise-se, ainda, por necessário, que pequenas divergências nos relatos da vítima não têm o condão de enfraquecer o conjunto probatório, até porque, naquilo que é mais importante, no núcleo da descrição fática, os relatos são coerentes. A propósito, segundo a jurisprudência, *"As pequenas contradições na prova decorrem das próprias imperfeições do psiquismo humano, agravadas, em geral, pelas condições em que a prova é realizada. Assim, de se desconfiar do testemunho demasiado perfeito, sendo, sim, importante, verificar se, embora discrepantes em detalhes mínimos, concordam os depoimentos nos pontos essenciais, quanto às circunstâncias decisivas do fato"* (Apelação nº 583.153/2 - 7ª Câmara - Relator Juiz José Habice - j. 05/04/90 - RJDTACRIM 6/78). *"Pequenas divergências existentes nos depoimentos colhidos não têm o condão de anular a prova oral, não havendo que se cogitar em imprestabilidade das declarações se a contradição diz respeito a fatos de somenos importância, pois, a par das pequenas divergências serem inerentes às imperfeições do psiquismo humano, somadas ainda às condições, muitas vezes precárias, da colheita da prova, é bem de ver que o essencial é saber se, no fundo, o dictum, tido como discrepante, guarda o mesmo sentido"*. (Apelação nº 991.973/9 - 11ª Câmara - Relator Juiz Xavier de Aquino - j. em 31/01/96 - RJTACRIM 29/196). *"Pequenas contradições nos depoimentos acusatórios não têm o condão de anular a prova oral, se estes são unânimes quanto ao principal"* (Apelação nº 1.085.033/8 - 14ª Câmara - Relator Juiz Oldemar Azevedo - j. em 27/01/98 - RJTACRIM 37/335). *"Pequenas incoincidências em detalhes não infirmam o valor da prova, suscetível de análise contextual. O sistema da livre apreciação propicia ao juiz valer se também de sua experiência comum, chegando ao convencimento em virtude de adequada análise de todos os elementos contidos nos autos, sem desatentar do normalmente ocorrível"* (Apelação n.º 1.098.767/8 - 11.ª Câmara - Relator Juiz Renato Nalini - j. em 11/05/98 - RJTACRIM 39/253).

De se ressaltar, ademais, que, no caso em análise, o conjunto probatório mostra-se coeso e harmônico, sendo certo que as palavras da vítima estão absolutamente conforme a lógica dos acontecimentos, e em total sintonia com os demais elementos de informação carreados aos autos, em especial as seguras

Acesso ao Sumário

declarações dos policiais militares Raul Candido Issamo Yamaguth e Rodrigo Pivato, que também incriminam firmemente os apelantes. Sob o crivo do contraditório, os referidos agentes da lei confirmaram que foram acionados, via Copom, pela vítima, informando que os réus tinham entrado na residência dela e, mediante ameaça, colocaram-na no veículo, levando-a até um Banco a fim de realizar saques para pagar uma dívida de tráfico de drogas, dela e de seu ex-marido. A vítima passou as características dos réus e informou estar no interior da agência bancária Santander, sendo que os indivíduos estavam do lado de fora. Diante disso foram até o local indicado e avistaram os réus, que estavam em frente à agência. Abordados e questionados, os réus alegaram que somente tinham dado uma carona à vítima. Durante a abordagem, verificou-se que havia uma loja de roupas no local, sendo que as atendentes fizeram um olhar indicando que tinha algo de errado no estabelecimento. Em razão disso, a equipe ingressou na loja e logrou encontrar a ofendida. Na oportunidade, Vitória ratificou o ocorrido. Diante da situação, conduziram as partes à delegacia, sendo lavrado o BO de extorsão. Os réus disseram, no início, que tinham sido parados pela vítima, a qual lhes pediu carona até a agência bancária. A conduta exteriorizada pela ofendida, contudo, não refletia que ela tinha recebido carona, pois estava muito nervosa e não queria qualquer contato com os acusados. Questionada, a vítima confirmou a narrativa anterior, relativa à extorsão, dando conta de que os acusados haviam adentrado a residência, onde a ameaçaram para que ela pagasse certa quantia referente ao tráfico de drogas que ela e o ex-marido dela deviam, esclarecendo que, ao ver os réus sendo abordados, ela se dirigiu do Banco para a loja de roupas. Vitória portava um cartão bancário e não disse nada sobre qualquer empréstimo de dinheiro feito a ela pelos réus. O policial Raul acrescentou que um dos réus, na delegacia, disse que era agiota e tinha emprestado a quantia de R$1.000,00 à vítima e, por esse motivo, levaram-na à agência, para sacar o dinheiro. Já o outro, talvez o **Vitor**, alegou que foi junto com o **Thiago**, mas não sabia de nada. Por fim, ambos os policiais informaram não terem conhecimento da prática de golpes, via pix, supostamente cometidos pela vítima (mídia).

Nada indica que os policiais tenham falseado a verdade para prejudicar os acusados. A propósito, a presunção *juris tantum* de que agiram escorreitamente no exercício de suas funções não ficou sequer arranhada.

A testemunha de acusação, Erenice de Fátima Nogueira, disse em pretório que, no dia dos fatos, uma pessoa apareceu em sua casa, conhecendo-a apenas de vista. Esse indivíduo entrou na casa e Vitória saiu do imóvel acompanhada dele. Não ouviu a conversa travada entre essa pessoa e a vítima, não sabendo o motivo de Vitória ter saído de lá. Após os fatos, Vitória lhe disse que tinha uma dívida, a qual estava sendo cobrada por um agiota, mas que não foi ameaçada pelos réus. Não disse na delegacia que os indivíduos estavam com "olhar ameaçador". Em relação ao suposto débito de "golpes de pix", enfatizou que houve

Acesso ao Sumário

apenas uma situação envolvendo a ofendida, posteriormente resolvido, pois ela pagou o valor devido. Asseverou, por fim, que até o momento da audiência não tinha sido ameaçada. Vitória, entretanto, recebeu ameaças, não sabendo dizer quem a ameaçou (mídia).

Observo, nesse ponto, que o depoimento da referida testemunha foi acompanhado por sua filha, tendo em vista a evidente dificuldade apresentada por Erenice para o manuseio do aparelho eletrônico usado para prestar o seu relato. Na ocasião, a douta Magistrada pontuou que, malgrado a audiência fosse pública, seria preciso ouvir a testemunha sozinha, para não atrapalhar o seu depoimento. Em dado momento, verifica-se que a vítima entra no quarto onde o depoimento era prestado e auxilia Erenice a fixar o aparelho para, logo em seguida, deixar o recinto, de modo que o seu depoimento prosseguiu sem qualquer outra intercorrência.

Lado outro, a testemunha de defesa Gabriel Henrique Silva, amigo de infância dos réus, disse que teve um relacionamento de um ano com a vítima e negou ter dívida de drogas para com o acusado **Vitor**. Sustentou que a ofendida disse querer prejudicá-lo, assim como os réus. Afirmou que nunca traficou e que Vitória teve problemas por conta de "golpes de pix". Aduziu que os réus não tinham motivo para extorquir a vítima (mídia).

As testemunhas defensivas Antonio Marcos Martins e Matheus Silva Gomes Lopes, sem presenciar os fatos, nada de relevante puderam acrescentar, limitando-se a tecer considerações sobre as pessoas dos réus (mídia).

A prova colhida, portanto, é absolutamente clara e não deixa qualquer dúvida quanto ao envolvimento dos réus **Thiago** e **Vitor** na extorsão praticada em face da vítima Vitória.

Com efeito, a prática do tipo penal restou configurada no momento em que os réus constrangeram a ofendida, mediante grave ameaça, a sacar a quantia que, conforme exsurge dos autos, seria destinada ao pagamento do valor oriundo da venda de drogas realizada pelo ex-companheiro dela, Gabriel Henrique, dívida não quitada por ele.

Veja-se que a vítima, ouvida sob o crivo do contraditório, narrou ter se sentido ameaçada pelos acusados depois deles falarem que ela seria levada ao "paredão", caso a dívida não fosse paga. Aliás, por esse motivo Vitória foi conduzida até a agência bancária e, antes de desembarcar do veículo, foi novamente ameaçada, tendo em vista que os acusados enfatizaram que só sairiam do local com o dinheiro em mãos. O tom ameaçador, inclusive, é verificado nas mensagens de fls. 77/78, bem como através do áudio disponível no *link* de fls. 79, o que não passou despercebido pela douta Magistrada sentenciante.

Os policiais militarem que atenderam ao chamamento da vítima também foram uníssonos ao relatar que Vitória demonstrou estar bastante amedrontada, ao ser localizada dentro da loja, próxima à agência bancária, oportunidade em

Acesso ao Sumário

que relatou o ocorrido.

Por outro lado, a versão exculpatória apresentada pelos acusados, no sentido de terem dado mera carona à ofendida, a pedido dela, não se sustenta. Inclusive, ouvidos informalmente na delegacia, apresentaram outra versão, ainda menos convincente, de que a dívida era decorrente de um empréstimo, cobrada por um deles, na condição de agiota, fato este desconhecido do outro.

No caso em apreço, como ressaltado pela douta Procuradoria Geral de Justiça:

"Ficou demonstrando que os apelantes foram ao encontrado da ofendida para cobrar uma dívida relativa a drogas que seu ex-marido havia adquirido anteriormente.

Com efeito, a ofendida confirmou que "(...) apenas disseram que ela seria levada "ao paredão" após seu cartão não ter passado no comércio. Que foi ao bar espontaneamente, no entanto se sentiu ameaçada após essa fala, motivo pelo qual acabou indo com eles ao Banco (...)". Assim, foi constrangida mediante grave ameaça a fazer o pagamento em dinheiro aos apelantes, vantagem notadamente indevida, pois atinente a uma dívida de drogas contraída por seu ex-marido.

As declarações da vítima foram ratificadas pelos senhores policiais militares que atenderam à ocorrência, os quais narraram que a vítima os acionou e confirmou ter sido ameaça pelos recorrentes. Ainda, os militares confirmaram que que as atendentes do banco fizeram um olhar indicando que havia algo de errado no estabelecimento em relação à ofendida e que ela efetivamente estava muito nervosa.

Portanto, há provas bastantes do constrangimento realizado na vítima mediante grave ameaça. Ainda, o valor devido era ilícito e a dívida sequer pertencia à ofendida.

De mais a mais, a testemunha Gabriel apresentou versão fantasiosa, pois era a pessoa que contraiu a dívida de tráfico e, por óbvio, que não incriminaria os indivíduos vinculados à traficância local, sob pena de haver retaliações.

As testemunhas defensivas não presenciaram os fatos e apenas relataram a conduta social dos recorrentes, em nada contribuindo para a ação penal.

Ao contrário do aduzido pela defesa, a testemunha Elenice confirmou sim que a vítima lhe ratificou ser ameaçada.

E, ainda, o relato da vítima foi uníssono e detalhado em todas as vezes em que fora ouvida, sendo que a situação fática ocorrida na agência bancária, presenciada pelos policiais, confirma a grave ameaça e o constrangimento" (fls. 411/412).

Importante salientar que a causa de aumento prevista no artigo 158, § 1º, do Código Penal (concurso de agentes) restou suficientemente demonstrada pela prova oral, notadamente a palavra da vítima Vitória, sendo certo que nem

Acesso ao Sumário

mesmo os acusados refutam o fato de terem agido conjuntamente. Anoto, ainda, que em se tratando de hipótese de concurso de agentes, o Código Penal adotou a teoria unitária, ou monista, segundo a qual havendo pluralidade de agentes, com diversidade de condutas, mas provocando um único resultado, há somente um delito. Assim, todos que participam da empreitada criminosa cometem idêntico delito, incidindo nas penas a ele cominadas, independentemente da conduta perpetrada individualmente.

A qualificadora do artigo 158, § 3º, primeira parte, do Código Penal, igualmente restou comprovada de forma ampla, vez que a vítima teve a liberdade privada por tempo razoável e necessário para a obtenção da indevida vantagem econômica, o que, evidentemente, torna o crime ainda mais reprovável, pois a simples restrição de liberdade acarreta maior temor às vítimas, incertas do que possa lhes suceder no desenrolar dos acontecimentos, de modo que é indiferente, para a caracterização da qualificadora, a duração do lapso temporal em que a vítima se vê obrigada a permanecer junto aos criminosos. Vale lembrar, a propósito, que se a privação de liberdade se prolongar por tempo demasiadamente longo, poderá inclusive tipificar o crime de sequestro.

Registre-se, ademais, que o fato de a ofendida ter ingressado sozinha na agência bancária, não tem o condão, por si só, de afastar a referida qualificadora, especialmente porque ela permaneceu vigiada pelos acusados, que a esperavam do lado de fora do Banco. Sobreleva destacar, no ponto, que a restrição da liberdade da vítima foi condição necessária à pretensa vantagem econômica, motivo pelo qual, repise-se, plenamente caracterizada a forma qualificada do § 3º, do artigo 158 do CP, não sendo juridicamente possível a capitulação da conduta, tão somente, como extorsão majorada pelo concurso de agentes, não merecendo acolhimento a alegação de *bis in idem*.

Nesse passo, urge destacar que não há incompatibilidade entre a extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima e as majorantes previstas no § 1º, do citado artigo 158, do Código Penal, de sorte que as causas de aumento de pena também incidem na hipótese prevista no artigo 158, § 3º. Assim como hoje já se admite a figura do furto qualificado privilegiado, a chamada posição topográfica não é fator a afastar a aplicação da majorante do concurso de agentes à extorsão qualificada (STJ, REsp nº 1.353.693, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca). Neste ponto, entendo oportuna a transcrição de parte do seguinte julgado: *"1. A teor dos precedentes deste Superior Tribunal, ante a interpretação sistemática do art. 158 do CP, é possível a incidência das causas especiais de aumento de pena do § 1° (concurso de agentes e emprego de arma) tanto na extorsão simples (caput) quanto na qualificada pela restrição da liberdade da vítima (§ 3°), inobstante a ordem dos parágrafos no tipo penal, pois a Lei n. 11.923/2009 não tipificou crime diferente nem absorveu circunstâncias mais graves da extorsão já enumeradas previamente. 2. Em situações outras, esta*

Acesso ao Sumário

Corte já rechaçou a mera interpretação topográfica e reconheceu ser compatível a utilização de majorante ou privilégio previstos em parágrafo anterior à qualificadora, desde que relacionados a idêntico crime, como in casu. 3. Agravo regimental não provido" (AgInt no HC 439.716/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21/06/2018, DJe 01/08/2018).

Em suma, a condenação dos acusados pelo crime de extorsão descrito na denúncia era mesmo de rigor, não havendo que se falar em absolvição por insuficiência probatória ou desclassificação para o crime de exercício arbitrário das próprias razões.

Descabido falar-se, ainda, em aplicação do princípio *in dubio pro reo*, uma vez que a digna Defesa não provou o que alegou, tal como lhe competia, nos termos do art. 156, primeira parte, do Código de Processo Penal.

A reprimenda foi bem aplicada e justificada e não comporta reparo.

Na primeira fase da dosimetria, em atenção aos critérios norteadores do artigo 59, do Código Penal, a pena dos réus foi corretamente fixada acima do mínimo legal, sopesados negativamente os motivos do crime, *"praticado para recebimento de dívida referente à venda de drogas, em valor inferior a R$300,00"* (fls. 329) e, em relação ao réu **Thiago**, também os maus antecedentes (condenação definitiva por tráfico de drogas nos autos nº 567-62.2010, e condenação definitiva por furto triplamente qualificado tentado nos autos nº 5130-07.2007, cf. fls. 121/123), assim aumentada na fração de 1/6 (um sexto) para cada uma das circunstâncias negativas reconhecidas, perfazendo a pena de 07 (sete) anos de reclusão e 11 (onze) dias-multa, para o réu **Vitor**, e a pena de 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão, mais 12 (doze) dias-multa, para o réu **Thiago**.

Com efeito, não há reparo a ser feito, mesmo porque os réus não têm direito público subjetivo à fixação da pena mínima - senão à reprimenda suficientemente justificada, nos limites da cominação, como ocorreu *in casu*.

De fato, não há irregularidade na fixação da pena-base acima do mínimo, uma vez que justificada, de maneira plausível, por meio de dados concretos, bem como respeitados os critérios da discricionariedade juridicamente vinculada, bem como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, o que evidentemente ocorreu no caso em questão.

Acesso ao Sumário

No caso, a MM. Juíza *a quo* nada mais fez do que promover a devida individualização da pena, dando o destaque merecido aos motivos do crime, bem como aos maus antecedentes de um dos acusados, não merecendo reparo.

De se ressaltar, aliás, que o Pretório Excelso vem entendendo que *"a importância de se valorarem as circunstâncias do crime na dosimetria da pena decorre justamente da necessidade de que as sanções sejam proporcionais à lesividade das condutas"* (cf. STF, Segunda Turma, RHC 84.571/RJ, j. 7.12.2004, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 13.5.2005, p. 00031), até porque, a aplicação

automática de pena mínima, não encontra amparo na Constituição da República, pois, do contrário, qual a razão da cominação legal adotar uma escala de pena mínima e máxima.

Para que não fique sem registro, não há que se falar em *bis in idem*, pois, ao reverso do alegado pela combativa defesa, o fundamento da exasperação não foi a indevida vantagem econômica, mas sim os motivos do crime, cometido para o recebimento dívida oriunda da venda de entorpecentes, como alhures destacado, aliados aos maus antecedentes ostentados pelo corréu **Thiago**, fundamentos estes idôneos, decorrentes de circunstâncias judiciais aptas a autorizar o incremento da reprimenda basilar.

Na segunda etapa, as penas não sofreram modificação, tendo em vista a ausência de circunstâncias atenuantes e/ou agravantes.

Na terceira fase do cálculo dosimétrico, presente a causa de aumento especificada no art. 158, §1º do Código Penal (concurso de pessoas), as penas foram majoradas na fração mínima de 1/3 (um terço), perfazendo, em definitivo, 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mais 14 (catorze) dias-multa, para o réu **Vitor**; e 10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 16 (dezesseis) dias-multa, para o réu **Thiago**.

Quanto ao regime prisional, fica mantido o inicial fechado, que, em verdade, é o que melhor atende à finalidade da pena como resposta social e na medida da reprovabilidade da conduta dos acusados **Vitor** e **Thiago** - sendo este, ainda, portador de maus antecedentes, como se viu -, somadas ao *quantum* de pena imposto e à hediondez do delito, *ex vi* do artigo 33, § 2º, "a", do Código Penal, c.c. artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso defensivo, mantida a r. sentença monocrática.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501879-62.2020.8.26.0229, da Comarca de Hortolândia, em que é apelante D. DE L. F., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª 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 51.675)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO (Presidente), GILBERTO CRUZ e MARCIA MONASSI.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 22 de março de 2024.
RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - IMPORTUNAÇÃO SEXUAL - Cliente de posto de gasolina que durante abastecimento de seu veículo e pagamento, abaixa a bermuda e a cueca e exibe pênis ereto. Ainda que não manipulando o pênis, o estudo de "exibicionismo" em psicologia comprova que basta isso para a satisfação do agente.
Prova bem efetuada que em confronto com contradição do apelante quanto a ter estado, ou não, naquele local encaminha para a manutenção da condenação.
Art. 59, CP, a pena foi fundamentada e considerando o procedimento da importunação em horário e local de trabalho de mulher. O critério trifásico foi observado em face dos autos. O regime prisional tem previsão legal.
NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO

Não se conformando com a R. decisão de fls. 385/387 dos autos, contra ela apresenta recurso de apelação D. DE L. F., pedindo sua reforma. O apelante foi condenado por fato de 19 de outubro de 2020, como incurso no artigo 215-A, do Código Penal, à pena de um ano e quatro meses de reclusão, em regime prisional aberto e com substituição.

Não se conformando com a R. Sentença, apresenta apelação em que (fls. 392/397) a Defesa Apelante postula absolvição: considerando insuficiente o conjunto probatório coletado sob o crivo do contraditório. Aponta divergências.

Razões de apelação com tempestividade, com razões apresentadas, dada vista à parte contrária que também arrazoou. Pela Procuradoria de Justiça oficiante foi manifestado não provimento ao apelo, pela manutenção da sentença atacada em seus termos e extensão.

É O RELATÓRIO.

Negando a prática delitiva, no Inquérito Policial o apelante sequer havia admitido que o seu veículo pudesse ter estado no posto de combustíveis no qual a vítima trabalha, naquele dia.

Efetuada a confrontação do circuito fechado de TV - gravação interna ou local, demonstrado que o veículo ali esteve, passou o apelante a negar a prática.

Com efeito, do modo como foi efetuada a filmagem não há condições de visualização da parte, inclusive o vidro não se mostrando transparente.

Acesso ao Sumário

Mas o relato do ocorrido, como a vítima se aproximou para receber o pagamento do combustível fornecido, visualizando o comportamento do apelante, com a bermuda e cuecas arriadas e o pênis ereto, se coaduna com o procedimento posterior dela, afastando-se dali e relatando às colegas de trabalho o que havia ocorrido.

O testemunho do comportamento posterior da vítima que se mostrou chateada, aviltada, enfim, humilhada por aquele procedimento comprova, outrossim, que assim se passou a conduta dele, apelante.

Assim, não se valorizando tão só a palavra da vítima, como também a exaltando ao máximo, o certo é que o conjunto probatório demonstra com segurança que o apelante esteve no posto e a conduta descrita pela vítima se desenvolveu como descrito. Rejeito as ponderações, argumentos da Defesa Apelante em contrário a este entendimento, como um todo. A versão antípoda é repelida por esta conclusão.

A dúvida colocada quanto a não ter ele efetuado a manipulação do pênis com a vítima próximo era desnecessária. Não cuidou a Defesa Apelante de demonstrar a condição psicológica do apelante que poderia, por qualquer outro motivo de ordem psicológica, ter agido daquela forma. Não provou que a satisfação para o fim de importunação sexual exercido por ele precisasse se desenvolver além da visualização. A avaliação do apelante, se do interesse da Defesa Apelante, poderia esclarecer o procedimento dele.

*Transtorno de exibicionismo - distúrbios de saúde mental: "os exibicionistas (geralmente do sexo masculino) exibem seus órgãos genitais a estranhos desprevenidos e sentem-**se sexualmente** excitados por essa prática."*[1]

E logo em seguida, esclarece: *"o que é uma pessoa exibicionista? O exibicionismo envolve a exposição dos órgãos genitais com a finalidade de obter excitação sexual ou um forte desejo de ser observado por outras pessoas durante a atividade sexual".*

Portanto, como em outros casos, poderia a Defesa Apelante ter afastado o seu patrocinado da possibilidade de reconhecimento de culpa, providenciando, ou requerendo, a produção de prova nesse sentido. A psicologia é uma ciência com fundamentos, reconhecida.

Desse modo, ocorrendo a produção da conduta e provada de modo seguro e coerente conforme exposto acima, de se manter o decreto condenatório.

Quanto a ter sido apontada a fala do apelante no Inquérito Policial, não se está baseando a condenação, a sentença, em prova daquele momento, ofensa ao artigo 155 e seguintes do Código de Processo Penal. Mesmo porque o apelante então negou inclusive proximidade daquele posto de abastecimento. Tão só se demonstra as falas contraditórias dele no curso da apuração criminal. Rejeito as

1 https://www.msdmanuals.com/pt-br/casa/dist%C3%BArbios-de-sa%C3%BAde-mental/parafilias-e-transtornos-paraf%C3%ADlicos/transtorno-de-exibicionismo#:~:text=O%20exibicionismo%20envolve%20a%20exposi%C3%A7%C3%A3o,pessoas%2 0durante%20a%20atividade%20sexual.

Acesso ao Sumário

ponderações, argumentos da Defesa Apelante em contrário a este entendimento, como um todo. A versão antípoda é repelida por esta conclusão.

Na fase do artigo 59, do Código Penal, a pena foi fundamentada. Foi fixada a pena base, analisadas as formas de acréscimo, dentro do critério trifásico e com consideração ao inusitado do crime praticado para mulher que está trabalhando em algo pesado, perigoso, merece visão mais rigorosa quanto a fixação da pena[2]. O regime prisional tem previsão legal.

Em relação a detração penal, não constando que tenha ocorrido prisão durante o desenvolvimento do procedimento ou fase processual, a análise será efetuada no momento próprio pela Vara das Execuções Penais competente.

ISTO POSTO e o que mais dos autos consta, conhecendo do apelo apresentado por D. DE L. F. com qualificação nos autos é **NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Apelação Criminal nº 0007539-63.2015.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que é apelante R. D. F. DE A., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U. Sustentou oralmente o Ilmo. Defensor, Dr. Rodrigo Ortiz da Silva e usou a palavra o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Márcio Sérgio Christino." de conformidade com o voto de relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 65.013)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), EUVALDO CHAIB e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 26 de março de 2024

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Acesso ao Sumário

EMENTA: Júri. Condenação do réu, pelo Eg. Tribunal do Júri, pelo crime de homicídio qualificado por motivo torpe (artigo 121, § 2º, I, do Código Penal). Recurso de apelação interposto com base no artigo 593, III, 'a', do Código de Processo Penal. Alegação da existência de nulidade posterior à pronúncia. Violação de imparcialidade judicial inexistente. Atuação do MM. Juiz-Presidente durante o interrogatório do réu voltada à complementação da inquirição e indeferimento de questões repetidas, com respaldo na legisla-

2 O trabalho de mulher em atividade de perigo era proibido pela CLT, sendo liberada recentemente.

ção de regência. Ausência de inclusão de quesito específico à Defesa que tampouco acarreta nulidade. Tese defensiva baseada em versão dos fatos não descrita na denúncia e que, ademais, foi contemplada, tacitamente, pelos demais quesitos. Nulidade da lista geral de jurados. Irregularidade não demonstrada. Inocorrência de prejuízo à Defesa a permitir o reconhecimento de qualquer nulidade. Inexistência de irregularidade apta a conduzir à anulação do feito. Apelo improvido.

VOTO

Visto.

Ao relatório da sentença douta (f. 1257/1259), que se acolhe e adota, acrescenta-se que, por decisão do Egrégio Tribunal do Júri, **R. D. F. de A.** saiu **condenado** à pena de ***12 anos de reclusão*** *(regime inicial fechado)*, pela prática da infração penal capitulada no artigo 121, § 2º, I, do Código Penal *(homicídio qualificado por motivo torpe)*.

O apelo da Defesa - *f. 1281/1292* -, manifestando a oposição ao julgamento do feito em sessão virtual e seu interesse em realizar sustentação oral (*f. 1282*), busca a anulação do julgamento, com fundamento no artigo 593, III, a, do Código de Processo Penal, apontando a existência de nulidade posterior à pronúncia, que seria consubstanciada nos seguintes pontos: ***(i)*** violação da imparcialidade pelo MM. Juiz-Presidente, durante o julgamento em Plenário, diante de intervenção indevida do Magistrado no interrogatório do acusado, com aptidão de influenciar os integrantes do Conselho de Sentença; ***(ii)*** não inclusão de quesito requerido pela Defesa, correspondente à tese de desclassificação da conduta para o crime de lesão corporal; e ***(iii)*** nulidade da lista de Jurados, dadas as profissões dos indivíduos nela incluídos.

Anotam-se contrarrazões do Ministério Público - *f. 1297/1304* - que defendem a manutenção da r. sentença de primeiro grau.

Autos distribuídos (*f. 1308*), sobreveio, à *f. 1312*, nova manifestação da Defesa a respeito da oposição ao julgamento virtual.

Após, os autos foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, concluiu, em parecer respeitável, pelo desprovimento do apelo defensivo - *f. 1315/1325* -, chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos **19.dez.2023** - *f. 1326*.

É o relatório.

Trata-se de Apelação Criminal, interposta com base no **artigo 593, III, a, do Código de Processo Penal**, contra r. sentença condenatória proferida após julgamento do Eg. Tribunal do Júri, este realizado depois da anulação do julgamento original pelo v. acórdão de *f. 1138/1150*, ocasião em que esta C. Câmara

Acesso ao Sumário

de Direito Criminal manteve a condenação do corréu e determinou que o apelante fosse submetido a novo julgamento, por entender que a absolvição do réu tinha se dado de forma contrária à prova dos autos.

O feito levado a julgamento pelo Eg. Tribunal de Júri da origem refere-se à prática do delito de ***homicídio qualificado por motivo torpe*** pelo acusado, pelo qual saiu ele condenado ao desconto de *12 anos de reclusão*, em regime fechado, nos termos do artigo 121, § 2º, I, do Código Penal.

Isto porque, de acordo com a denúncia, no dia 05 de maio de 2015, por volta das 21h40min, na Rua Iris Borges do Couto, altura do nº 81, bairro Chácara Silvestre, Taubaté, o acusado ***R. D. F. de A.*** (*vulgo "Gordo"*) e o corréu ***W. G. G. da C.*** (*"Zé Fininho"*), agindo por motivo torpe, teriam matado a vítima ***G. S. da S.***.

Na ocasião, segundo descreve a denúncia, o acusado e o corréu se aproximaram do ofendido e efetuaram disparos de arma de fogo na sua direção, ferindo-o fatalmente no local dos fatos - *laudo de exame necroscópico, f. 28/30*.

De acordo com a inicial, o acusado e o corréu teriam agido por vingança, face ao suposto envolvimento da vítima na morte do irmão do corréu.

Estes ***os fatos***, em suma.

Decisão soberana do Conselho de Sentença condenou ***R. D. F. de A.***, que interpôs recurso de Apelação fulcrado no artigo 593, III, a, do Código de Processo Penal, objetivando à anulação da condenação, por entender ter ocorrido **nulidade após a pronúncia**.

A nulidade - *segundo se extrai das razões recursais* - estaria consubstanciada em três pontos: ***(i)*** quebra da imparcialidade pelo MM. Juiz-Presidente, durante o julgamento em Plenário, diante de intervenção indevida do Magistrado no interrogatório do acusado, com aptidão de influenciar os integrantes do Conselho de Sentença; ***(ii)*** não inclusão de quesito requerido pela Defesa, correspondente à tese de desclassificação da conduta para o crime de lesão corporal; e ***(iii)*** nulidade da lista de Jurados, dadas as profissões dos indivíduos nela incluídos.

Quanto ao primeiro ponto, isto é, a suposta ***violação de imparcialidade*** pelo MM. Magistrado durante a sessão plenária, não tem nenhuma razão a Defesa.

Argumenta-se, em primeiro lugar, que, durante o ato de interrogatório do acusado, a atuação do MM. Juiz-Presidente teria se dado no sentido de prestar auxílio direto ao membro do Ministério Público em sua inquirição, até mesmo *"visando descaracterizar a tese de LEGÍTIMA DEFESA"*, com abalo ao princípio da imparcialidade.

Entretanto, em consulta à reprodução audiovisual da sessão, é possível notar que as intervenções do MM. Juiz-Presidente foram feitas para ***complementar*** as questões do DD. Promotor de Justiça sobre a dinâmica dos fatos, com

Acesso ao Sumário

o claro objetivo de esclarecer a narrativa fornecida pelo próprio réu.

Não se entrevê como ou de que forma se possa concluir que o MM. Magistrado tenha questionado sobre aqueles pontos com a finalidade de influenciar os srs. Jurados sob qualquer aspecto, para que descartassem tese defensiva, ou de *"esgotar as questões para que estas não pudessem ser reperguntadas pela defesa"*.

Na verdade, o que se observa, muito ao reverso, é que os questionamentos lançados pelo MM. Juiz-Presidente durante o ato de interrogatório não almejavam senão ***esclarecer a sequência dos fatos tal qual fora narrada pelo próprio réu*** momentos antes.

De sorte que não houve violação qualquer ao princípio da imparcialidade, tampouco inobservância do artigo 212 do Código de Processo Penal, cujo parágrafo único autoriza expressamente que o juiz ***complemente a inquirição sobre pontos não esclarecidos***.

Exatamente como se fez aqui.

Nenhuma irregularidade, portanto, no interrogatório do acusado, que foi realizado nos moldes estabelecidos pela legislação de regência, com plena observância dos artigos 185 e ss., 212 e 474 do Código de Processo Penal.

De igual modo, não se entrevê qualquer irregularidade na atuação do MM. Juiz-Presidente no que diz ao momento - *descrito pela Defesa como de "interferência manifesta" do MM. Juiz* - que se fez constar na ata de julgamento acostada à *f. 1252/1256*:

> *"(...) Durante o interrogatório, mais precisamente* ***quando, pelo Dr. Promotor de Justiça, o réu era inquirido, o MM. Juiz presidente interveio, advertindo-o a não realizar perguntas que já haviam sido feitas, reproduzindo a resposta que o acusado deu quando questionado sobre a dinâmica do embate físico com a vítima****, pela qual ficou evidente que os disparos de arma de fogo pelo corréu foram feitos após Roger ter imobilizado a vítima, quando esta já estava dominada pelo acusado, por meio de força física, e que a agressão já havia cessado. Por conseguinte, a defesa se manifestou alegando que a intervenção do Juiz não era legal, requerendo por isso, a dissolução do conselho de sentença pois considerava que o MM. Juiz havia contaminado os jurados com os dizeres. Ante a alegação da defesa, pelo MM. Juiz foi dito que indeferia o pedido de dissolução do conselho de sentença, pois a intervenção ocorreu para que o Dr. Promotor não mantivesse perguntas que já haviam sido feitas e respondidas pelo réu, sendo apenas reproduzidas as declarações que este proferiu durante seu interrogatório (...)" - f. 1254/1255 (g.n.).*

A este respeito, vale destacar, não se pode ignorar que não foi eliminada, no processo penal pátrio, a **figura presidencial do juiz durante a instrução**, e isto se observa inclusive em atenção à possibilidade que lhe é dada de indeferir

Acesso ao Sumário

perguntas feitas pelas partes às testemunhas, a teor do artigo 212, caput, do Código de Processo Penal. Veja-se:

> *"Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida."*.

Conforme se depreende do trecho acima reproduzido, extraído da ata de julgamento - *cujo conteúdo, como bem lembra o ilustre representante do Ministério Público subscritor do Parecer, traduz a expressão fiel de todas as ocorrências da sessão plenária* -, assim como se pode notar em consulta à mídia com a gravação daquele ato, o MM. Magistrado, ao intervir durante a inquirição do réu feita pelo DD. Promotor de Justiça, assim o fez ***para que para o Ministério Público não fizesse questionamentos que já haviam sido feitos ao acusado e por ele respondidos***.

Assim, como foi bem assinalado pelo ilustre Promotor de Justiça em contrarrazões recursais, o que o d. Juízo fez em tal intervenção não foi senão indeferir pergunta que já havia sido feita e que, inclusive, já havia sido respondida de forma clara pelo acusado, uma vez que, àquela altura do interrogatório, ele **já havia narrado a dinâmica dos fatos** e a ordem cronológica entre a luta corporal e o disparo de arma de fogo, razão pela qual o MM. Magistrado interveio e reproduziu a resposta que o próprio réu já havia dado e que foi, ao final do interrogatório, **ratificada pelo acusado**, ao confirmar que ele já havia dominado a vítima ao momento em que os disparos de arma de fogo foram efetuados.

Daí que não se vislumbra violação da imparcialidade do Magistrado, que agiu com respaldo no que estabelece o artigo 212 do Código de Processo Penal, mais uma vez torne-se a dizer.

Em segundo lugar, aponta o recurso a ocorrência de nulidade originada da ***não inclusão de quesito*** sobre tese defensiva subsidiária - *desclassificação da conduta imputada para o crime de lesão corporal* -, o que tampouco merece acolhida.

A uma porque a tese subsidiária trazida pela Defesa não estava baseada na suposta ausência de animus necandi, mas sim em versão equivalente à **negativa de autoria**, segundo a qual a ação do acusado teria se limitado a **desferir socos e chutes na vítima**, ***fatos que não haviam sido descritos na denúncia***.

Trata-se, aliás, como se observa da ata, de versão que sequer corresponde àquela fornecida pelo réu em seu interrogatório judicial (*f. 1252/1256*).

Pois bem.

As razões para o indeferimento são claras e podem ser extraídas da mera leitura do termo de audiência (*f. 1252/1256*):

> *"Durante a tréplica, a defesa foi dito que sustentou como tese subsidiária a desclassificação para o crime de lesão corporal leve, por*

Acesso ao Sumário

entender que as agressões do réu contra a vítima se limitaram a socos e chutes. ***Pelo MM. Juiz foi dito que deixava de quesitar a tese subsidiária porque não há imputação desse crime na denúncia e a ação contra a vítima, nas palavras do réu em seu interrogatório de hoje, foram direcionadas exclusivamente para afastar uma suposta agressão injusta do ofendido.*** *(...)" - f. 1255 (g.n.).*

Assim, diversamente do que alega a Defesa - *e como bem argumenta o ilustre representante do Ministério Público neste grau de jurisdição* -, tendo em vista as circunstâncias acima destacadas, **desnecessária** a inclusão daquele quesito, uma vez que o quesito nº 2, relativo à questão de se o apelante efetuou (ou não) disparos de arma de fogo contra o ofendido e se ele produziu (ou não) as lesões corporais descritas no laudo necroscópico - *isto é, traumatismo crânio encefálico, provocado por ferimento transfixante por projetil de arma de fogo, f. 28/30* -, aliado ao quesito nº 3, sobre a absolvição (ou não) do réu, é ***suficiente para se aferir, indiretamente, a conclusão dos jurados sobre aquela tese defensiva***, com a vantagem de se evitar decisões contraditórias.

E ***a duas porque***, após as alterações trazidas pela Lei n° 11.689/2008, não é mais necessário que o MM. Juiz-Presidente do Tribunal do Júri formule quesitos específicos acerca de cada uma das teses defensivas, precisamente quando, como no presente caso, trate-se de tese tacitamente abarcada pelo quesito nº 2.

Dessa forma, a quesitação apresentada mostra-se de acordo com as particularidades do caso concreto e em consonância com o teor do artigo 483 e ss. do Código de Processo Penal, não se entrevendo nulidade relativamente a este ponto.

Por fim, tampouco merece prosperar a alegação de que teria havido **nulidade da lista geral de jurados**.

Muito embora as precisas razões do inconformismo em relação a este tópico não tenham sido claramente explicitadas nas razões recursais, é possível depreender das contrarrazões ministeriais que o reclamo se insurge contra o fato de que a lista geral de jurados teria sido constituída exclusivamente por mesários convocados pelo Tribunal Superior Eleitoral, e não pela totalidade de eleitores.

No entanto, não se demonstrou, *in casu*, nulidade na confecção da lista, inexistindo qualquer evidência de que não tenha sido observado, relativamente a tanto, o procedimento do artigo 425, § 2°, do Código de Processo Penal, que estabelece que o MM. Juiz-Presidente deverá requisitar às repartições públicas, entre outros, a indicação de pessoas com condições para exercer a função.

Outrossim, é importante frisar que a lista dos jurados, com a indicação das respectivas profissões, é publicada na Imprensa até o dia 10 de outubro de cada ano e divulgada em editais afixados à porta do Tribunal do Júri (*artigo 426 do Código de Processo Penal*) - *inexistindo qualquer indicação que o procedimento aplicável não tenha sido rigorosamente seguido pelo d. Juízo*.

Acesso ao Sumário

Isto também se revela verdadeiro relativamente à lista definitiva, que é publicada pela Imprensa, possibilitada a reclamação por qualquer do povo, para alterá-la, em momento oportuno, isto é, até 10 de novembro de cada ano (*artigo 426, § 1°, Código de Processo Penal*).

Além disso, no alistamento e no sorteio dos jurados, há participação do Ministério Público, de advogado indicado pela Seção local da Ordem dos Advogados do Brasil e de defensor indicado pelas Defensorias competentes (*artigo 426, § 3°, e artigo 432 do Código de Processo Penal*) - *ausente qualquer dado que possa levar a concluir a respeito da presença de qualquer irregularidade neste procedimento*.

Por outro lado, não há demonstração de que a Defesa tenha, de qualquer modo, se insurgido, oportunamente, em relação à ***lista geral***, tampouco ao ***sorteio dos integrantes do Conselho de Sentença***, ressalvadas as recusas consignadas à *f. 1254*.

Também não se logrou comprovar que os srs. Jurados sorteados não preenchessem de forma adequada todos os requisitos gerais previstos no Código de Processo Penal (*artigo 436 do Código de Processo Penal*).

Do mesmo modo, não foram apontados impedimentos, causas de suspeição ou quaisquer incompatibilidades (artigos 448 e ss. do Código de Processo Penal).

De sorte que não há como se reconhecer, nesta sede, qualquer irregularidade na composição da lista geral de jurados, ou, por consequência, da lista daqueles que compuseram o Conselho de Sentença.

Derradeiramente, cumpre destacar, em relação a todos os tópicos alegados nas razões recursais, visando ao reconhecimento de nulidade verificada após à pronúncia, que, **para a declaração de nulidade é necessária a efetiva comprovação do prejuízo**.

E, na hipótese concreta, a Defesa não demonstrou qual teria sido o prejuízo específico advindo de cada uma das situações apontadas em seu recurso.

Portanto - *e isso verdadeiramente importa* -, não se demonstrou como, onde ou o porquê do prejuízo eventual.

Fazendo incidir, assim, a regra constante do artigo 563 do Código de Processo Penal (*pas de nullité sans grief*).

Afinal, o acusado teve plena oportunidade de exercer de forma ampla e irrestrita sua defesa - *como o faz até aqui, aliás* -, tudo em conformidade com o devido processo legal e de acordo com a legislação vigente.

Daí porque não há como se reconhecer aqui qualquer espécie de prejuízo à Defesa.

Enfim.

Conclui-se, portanto, que **não está presente qualquer das nulidades arguidas**, razão pela qual deve ser desprovido o apelo da Defesa.

Acesso ao Sumário

Nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1522557-04.2020.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado L. F. L. e Apelante/A.M.P T. F. A., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso da Defesa para afastar a agravante da calamidade pública e reduzir a pena total de do acusado L.F.L. para 4 meses e 28 dias de detenção, em regime aberto, e afastar a prestação pecuniária como condição do sursis. Em seguida, deram provimento ao recurso da Assistente de Acusação para afastar a determinação de revogação das medidas protetivas após o trânsito em julgado da decisão, com a observação de que deverão ser reavaliadas a cada 90 dias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.956)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEXANDRE ALMEIDA (Presidente), RENATO GENZANI FILHO e TETSUZO NAMBA.

São Paulo, 27 de março de 2024.

ALEXANDRE ALMEIDA, Relator

Ementa: Violência doméstica - Agressão e ameaça - Palavras da vítima seguras e coerentes - Depoimento de informantes e policiais - Materialidade da lesão comprovada pelo laudo pericial - Prova segura - Condenação mantida;
Violência doméstica - Agressão e ameaça - Pena base - Redução - Cabimento - Crimes cometidos durante a pandemia causada pelo COVID-19 - Estado de calamidade pública decretado – Agravante - Não caracterização - Regime correto - Prestação pecuniária imposta como condição do *sursis* - Não cabimento;
Violência doméstica - Agressão e ameaça - Determinação para revogação das medidas protetivas após o trânsito em julgado da sentença - Irregularidade Art. 19, §6º, da Lei nº 11.340/06 - Duração da cautelar de acordo com a necessidade - Recurso da Defesa provido em parte, com o provimento daquele apresentado

Acesso ao Sumário

pela Assistente de Acusação, com determinação de revisão da medida, nos termos do art. 316, § único, do Código de Processo Penal.

VOTO

Vistos.

L.F.L., qualificado nos autos, foi denunciado, processado e ao final condenado, por sentença proferida pela MMª Juíza de Direito Dra. Andreza Maria Arnoni, da Vara Regional Sul 1 de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, do Foro Regional IX de Vila Prudente, Comarca da Capital, como incurso no art. 129, § 9º e art. 147, ***caput***, este c.c. o art. 61, inciso II, "*f*", todos do Código Penal, ao cumprimento da pena total de 10 meses de detenção, em regime aberto, concedido o ***sursis*** pelo prazo de 2 anos, com as condições do art. 78, §§1º e 2º, *"a", "b"* e *"c"*, do Código Penal. A sentença confirmou as medidas protetivas de urgência concedidas, mas que terão vigência até o trânsito em julgado da sentença (fls. 371/379).

Isto porque, no dia 25 de outubro de 2020, por volta das 14 horas, em ocasião de calamidade pública, na Rua Emilio Barbosa, nº 86, Vila Prudente, nesta Capital, prevalecendo das relações domésticas, ofendeu a integridade corporal de sua companheira T. F. A., causando nela lesões corporais de natureza leve, além de prometer causar-lhe mal injusto e grave.

Inconformadas recorrem a Defesa buscando a reversão do julgado para absolvição do acusado, por insuficiência de provas, ou redução da pena imposta (fls. 412/415), e a Assistente de Acusação que pede o reconhecimento da autonomia das medidas protetivas, que devem ser mantidas mesmo após o trânsito em julgado da condenação (fls. 452/459).

Recebidos os recursos (fls. 417/419), vieram aos autos as contrarrazões (fls. 427/429, 434/443, 467/470 e 480/482).

Bem processados os apelos, subiram os autos ao E. Tribunal de Justiça, onde a d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo parcial provimento do recurso da Defesa, para redução das penas impostas e pelo provimento do recurso da Assistente de Acusação (fls. 490/497).

É o relatório.

Cuidam-se de recursos interpostos por L. F. L. e pela Assistente de Acusação contra a r. sentença de fls. 371/379, que condenou o réu, por infração ao art. 129, § 9º e art. 147, ***caput***, este c.c. o art. 61, inciso II, "*f*", todos do Código Penal, ao cumprimento da pena total de 10 meses de detenção, em regime aberto, concedido o ***sursis*** pelo prazo de 2 anos, mediante as condições, mas determinou que as medidas protetivas de urgência concedidas terão vigência até o trânsito em julgado da sentença.

E, na análise da pretensão recursal da Defesa, forçoso observar que a

Acesso ao Sumário

absolvição era mesmo impossível.

Com efeito, a materialidade do crime de lesão corporal está comprovada pelo laudo de exame de corpo de delito de fls. 45, que constatou a lesão suportada pela ofendida, enquanto a autoria dos delitos acabou demonstrada pela prova colhida nos autos.

De fato, ao ser ouvido pela autoridade policial o acusado negou ter agredido a companheira dizendo que suspeitou de traição por parte dela e pediu o celular para verificar com quem estava falando. Na ocasião, houve uma discussão e foi agredido por ela, mas não reagiu (fls. 14).

A vítima, por sua vez, relatou que, durante discussão iniciada por ciúme do réu, foi ameaçada por ele, que, além disso, desferiu murros nas paredes, socos e pontapés contra ela, que causaram lesões nas pernas e no pescoço e, como sempre acontecia, ameaçou matá-la (fls. 10).

No mesmo sentido seguiram as declarações do irmão da ofendida M.F.A., que mora no mesmo quintal e confirmou que ouviu uma discussão, em que a vítima pediu para o que o réu parasse porque estava machucando. Assim, entrou na casa, viu o acusado empurrar a cabeça da vítima e xingá-la (fls. 13).

Os policiais militares Augusto César Rodrigues Barbosa e Robson Tomaz da Silva, que atenderam à ocorrência, viram a mãe da ofendida, que noticiou a briga entre o casal, ocasião em que a vítima afirmou querer que o réu deixasse a residência do casal. Acrescentaram que o apelante afirmou que foi arranhado pela ofendida que, por sua vez, confirmou ter sido agredida (fls. 8/9).

Em juízo, agora sob as garantias do contraditório, o acusado declarou que a vítima era infiel e quis verificar no celular dela e com quem trocava mensagens, mas discutiram e ela partiu para cima dele, mas jamais a agrediu ou ameaçou (registro audiovisual no SAJ - fls. 343).

Acontece que a ofendida, em declarações semelhantes àquelas prestadas na delegacia, reafirmou que o réu acreditava que ela o traía e, depois de esmurrar a parede, passou a agredi-la com tapas e chutes pelo corpo, e bateu sua cabeça na parede, ameaçando-a de morte (registro audiovisual no SAJ - fls. 343).

Ora, nos crimes de violência doméstica, como se sabe, normalmente não existem testemunhas presenciais e a palavra da vítima ganha especial relevância, principalmente se há prova da materialidade - crime de lesão corporal - e nada sugere que tudo tenha passado de invenção, inclusive no que se refere ao delito de ameaça.

Confira-se, a propósito:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INVIABILIDADE. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO DA CORTE A QUO. ART. 619 DO CPP. NÃO CONFIGURAÇÃO. APRECIAÇÃO SATISFATÓRIA DAS QUESTÕES

Acesso ao Sumário

SUSCITADAS PELA PARTE. LESÃO CORPORAL EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. MATERIALIDADE DELITIVA. LAUDO PERICIAL. AUSÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO. DEMONSTRAÇÃO POR OUTROS MEIOS. POSSIBILIDADE. PARCIALIDADE E SUBJETIVIDADE DO LAUDO MÉDICO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. INVIABILIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBATÓRIO. ESPECIAL RELEVÂNCIA. SÚMULA N. 83/STJ. APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL FUNDADO TANTO NA ALÍNEA "A" QUANTO NA ALÍNEA "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 8. Ademais, como é cediço, esta Corte Superior consolidou o entendimento segundo o qual a palavra da vítima possui especial relevo nos delitos cometidos em contexto de violência doméstica e familiar, porquanto tais crimes são praticados, em regra, sem a presença de testemunhas. Incidência da Súmula n. 83/STJ. Na espécie, consoante assentado pelas instâncias ordinárias, "o relato dos fatos apresentado pela vítima se mostrou íntegro em ambas as oportunidades, em completa sintonia com o laudo de exame de lesões corporais de mov. 8.5." (e-STJ fl. 295). 9. A jurisprudência é firme no sentido de que, estando o acórdão proferido pela Corte de origem em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o óbice da Súmula n. 83/STJ se aplica tanto ao recurso especial interposto com fundamento na alínea "a" quanto àquele fundado na alínea "c" do permissivo constitucional. 10. Agravo regimental não provido". (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 1661307/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 12/05/2020, DJe 19/05/2020);

"Anota-se que em crimes de violência doméstica, praticados no âmbito da entidade familiar, muitas vezes sem testemunhas, deve ser dada especial atenção ao depoimento da vítima, que vive sob forte influência física, psíquica, econômica e moral de seu algoz, precisando de coragem para denunciá-lo, não raro, após várias agressões semelhantes." (TJSP, Apelação nº 1500668-08.2018.8.26.0537, 11ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Xavier de Souza, julgado em 28/07/2020).

De qualquer forma, a testemunha M. voltou a dizer interveio na discussão, e mesmo dizendo que não se lembrava de ter visto a vítima machucada, afirmou que o acusado estava muito nervoso, pegou o celular e batia na porta, enquanto a ofendida pedia para ele parar (registro audiovisual de fls. 343).

Por outro lado, a mãe da ofendida, Z. F. A. ouviu a briga do casal, e que o acusado se agarrava na ofendida para pegar o celular e batia a cabeça dela, dizendo iria arrebentá-la, afirmando (registro audiovisual de fls. 343).

Acesso ao Sumário

Diante desse quadro, o que se vê é que restou bem comprovada a autoria dos delitos - laudo realizado no réu (fls. 93 e 97) apontou apenas a existência de escoriações na região cervical, apontando que ainda que tivesse agido em legítima defesa, agiu com excesso punível -, razão pela qual a condenação era mesmo a correta solução para o caso em questão.

Resta, apenas, analisar as penas impostas.

A pena base para cada delito foi estabelecida com certo exagero e o aumento fica reduzido para 1/5 para a lesão corporal (3 meses e 18 dias de detenção) e 1/6 para a ameaça (1 mês e 5 dias de detenção).

Na segunda fase, por outro lado, a agravante de crime praticado durante o período da pandemia causada pelo vírus COVID-19 não se justifica, na medida em que o simples fato de os crimes terem sido praticados nesse contexto não caracteriza a agravante, se o agente não se beneficiou desse fato para cometê-los.

Com isso, a pena da lesão corporal não sofre alteração, enquanto para o delito de ameaça, com novo aumento de 1/6, pela agravante do art. 61, inciso II, "*f*", do Código Penal, torna-se definitiva em 1 mês e 10 dias de detenção.

No mais, estabelecido o regime aberto e concedido o ***sursis*** pelo prazo de 2 anos, mas a prestação de serviços à comunidade, que é pena alternativa, deve ser afastada e mantidas apenas as condições do art. 78, § 2º, do Código Penal.

Por fim, o objetivo da Lei nº 11.340/06 foi o de criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art. 226, §8º, da Constituição Federal.

Tanto que, o art. 19, § 6º, da Lei nº 11.340/06 dispõe que ***"As medidas protetivas de urgência vigorarão enquanto persistir risco à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da ofendida ou de seus dependentes".***

Assim, ainda que se reconheça o caráter provisório das medidas protetivas, impossível sua revogação imediata com o simples trânsito em julgado do processo.

Ao contrário, sendo impossível prever a duração do risco para ofendida, as medidas protetivas devem perdurar enquanto necessárias, até mesmo depois do trânsito em julgado.

Por isso, nesse particular, fica afastada a determinação na sentença para a imediata revogação das medidas protetivas, mas, sua conveniência e necessidade deverá ser reavaliada a cada 90 dias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal.

Em suma, o parcial provimento do recurso da Defesa com o provimento daquele apresentado pela Assistente de Acusação é medida que se impõe à correta solução do caso em questão.

Diante do exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO da Defesa para afastar a agravante da calamidade pública e reduzir**

Acesso ao Sumário

a pena total de do acusado L.F.L. para 4 meses e 28 dias de detenção, em regime aberto, e afastar a prestação pecuniária como condição do *sursis*.

Em seguida, **DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO da Assistente de Acusação para afastar a determinação de revogação das medidas protetivas após o trânsito em julgado da decisão, com a observação de que deverão ser reavaliadas a cada 90 dias, nos termos do art. 316, § único, do Código de Processo Penal.**

Custas na forma da lei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Criminal nº 1021722-88.2021.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado GERVASIO TERUO ANDO, é apelado JOÃO VICTOR CALABRIA e Apelado/Apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Com fundamento no art. 571, incisos II e VII, do Código de Processo Penal, anularam a r. sentença, devendo outra ser proferida nos termos e limites do v. aresto. V.U. Usou a palavra o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Márcio Sérgio Christino, sendo dispensada a sustentação pela Turma Julgadora, presentes os Ilmos. Defensores, Dr. Aparecido Jose de Lira e Dr. Jônatan Alves Machado Dias.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 60.369)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 2 de abril de 2024.

EUVALDO CHAIB, Relator

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSOS MANEJADOS PELA ACUSAÇÃO E POR RÉU EXPIADO – CRIME DE EXTORSÃO TRIBUTÁRIA EM CONCURSO MATERIAL COM O DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO – QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA – REJEIÇÃO TARDIA DA DENÚNCIA – OCORRÊNCIA APÓS A SUPERAÇÃO DAS FASES DO ART. 396 E 399 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – FATO QUE TORNA A QUESTÃO PRECLUSA – RECONHECIMENTO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA NA SENTENÇA QUE AFRONTA O

Acesso ao Sumário

RITO PROCESSUAL, A SEGURANÇA JURÍDICA POR CONTA DA ARGUIÇÃO DE TEMA PRECLUSO, CRIA TUMULTO PROCESSUAL E AFRONTA O DEVIDO PROCESSO LEGAL – INOCORRÊNCIA DO ÓBICE DO ART. 617 DO CPP – VÍCIO QUE CONTAMINA TODO O ATO PROCESSUAL TERMINATIVO DE MÉRITO – EXEGESE DO ART. 571, II E VII CPP – SENTENÇA ANULADA, SEM O ENFRENTAMENTO DOS DEMAIS TEMAS VENTILADOS, DEVENDO OUTRA SER PROFERIDA.

VOTO DO RELATOR

GERVÁSIO TERUO ANDO foi condenado pelo r. Juízo da 1ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores do Foro Central Criminal da Barra Funda da Comarca de SÃO PAULO, nos autos do Processo nº 1021722-88.2021.8.26.0050, *em sentença da lavra do eminente Juiz de Direito Dr. Thiago Baldani Gomes De Filippo*, como incurso no art. 3º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, às penas de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 11 (onze) dias-multa, no valor mínimo legal, sendo a pena privativa de liberdade substituída por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 10 (dez) salários mínimos.

Na mesma r. sentença veio ainda a ser decidido:

a) que GERVÁSIO TERUO ANDO e JOÃO VICTOR CALÁBRIA foram absolvidos da imputação de infração ao art. 1º, inciso V e § 4º, da Lei nº 9.613/98, com fundamento no art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal;

b) que a denúncia era inepta e foi rejeitada para JOÃO VICTOR CALÁBRIA, quanto à imputação de infração ao art. 3º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, nos termos do art. 395, inciso I, do Código de Processo Penal;

c) e, por fim, que a punibilidade de JOAQUIM CÉSAR CANASSA PERES ficava extinta em face à prescrição, na forma do art. 107, inciso IV, do Código Penal (fls. 1199/1213 e fls. 1291/1293 em resposta a Embargos de Declaração).

GERVÁSIO foi processado e ao final, apenas ele condenado, porque, segundo a denúncia, na condição de Auditor Fiscal Tributário Municipal responsável pela vistoria e procedimentos administrativos teria, agindo em concurso, mediante acerto prévio e unidade de desígnios com JOAQUIM CÉSAR CANASSA PERES, Chefe da Divisão do Cadastro de Imóveis e JOÃO VICTOR CALÁBRIA, Chefe de Subdivisão de Cadastro de Imóveis DICI-2, entre maio e outubro de 2011, no âmbito da Comarca da Capital, receberam e solicitaram, para si e para outrem, direta ou indiretamente, em razão das funções de auditor fiscal que exerciam, vantagem indevida, para deixar de calcular área tributável

Acesso ao Sumário

no lançamento do IPTU do ano de 2011, e diminuir o padrão de construção do empreendimento localizado na Rua Bresser, nº 1954, onde foi erguido o Hospital Salvalus, de propriedade da rede de saúde denominada Greenline.

Apela o Ministério Público, aduzindo que a decisão hostilizada rejeitou tardiamente a denúncia, somente na sentença, após ter ocorrido o chamado duplo filtro da denúncia, ou seja, no momento da propositura da exordial e, novamente, após a resposta à acusação por parte do réu, no que toca ao crime de extorsão tributária quanto ao réu JOÃO VÍCTOR, sob a pálida assertiva de ausência de individualização da conduta. Acoima tal capítulo da sentença como inadmissível por falta de amparo legal, na forma do art. 396 e art. 399 do Código de Processo Penal. Nessa linha, aduz que a prova reunida é solida no que toca à extorsão tributária em desfavor de JOÃO VICTOR, pela prática de crime previsto no art. 3º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, em concerto com o art. 327, § 2º, do Código Penal, porque cargo comissionado, na forma do art. 29 do Código Penal. E, noutra ponta, postula que JOÃO VICTOR e GERVÁSIO também venham a ser expiados pelo art. 1º, inciso V, na forma do §4º, todos da Lei nº 9.613/98, tudo conforme postulado pelo *Parquet* desde alegações finais, cassando-se, por fim, a pena alternativa (fls. 1232/1254).

Apela GERVÁSIO, pleiteando em síntese o reconhecimento da anemia probatória ou atipicidade do fato e, subsidiariamente, a redução da reprimenda (fls. 1346/1373).

Contrariados os recursos (fls. 1274/1290, fls. 1300/1330, fls. 1378/1387), o douto Procurador de Justiça Dr. Alexandre Orasmo Fontana, opina pelo provimento tão-somente do recurso ministerial (fls. 1400/1409).

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 1393/1396).

É o relatório.

O ilustre destinatário da prova, na sentença **(item 02.02.02)**, rejeitou a denúncia e de forma expressa admitiu que o fez serodiamente, após o duplo filtro da norma processual, no que toca ao réu JOÃO VICTOR. No ponto, aduz o prolator da decisão final na primeira instância que há vício insuperável por conta de uma suposta descrição genérica do comportamento criminoso.

Em tal quadratura, reconhece após duas decisões em sentido contrário, que este réu é nominado abstratamente como um integrante do esquema criminoso, sem o exato detalhamento de sua efetiva e concreta participação na extorsão tributária envolvendo o empreendimento da Rua Bresser, 1954.

Mas não lhe assiste razão.

Explica-se.

O Ministério Público **(fls. 1238/1241)** no seu recurso ordinário impugna diretamente tal capítulo da sentença, aduzindo que em duas fases anteriores e distintas na instrução houve decisão pela higidez da denúncia, de sorte que superada a fase do art. 396 e do art. 399 do Código de Processo Penal e existindo

um duplo recebimento da exordial pelo destinatário da prova, a questão fica acobertada pelo manto da preclusão e, dessarte, impossível uma retratação em terceira fase, ou seja, na sentença, quanto ao crime do art. 3º, inciso II, Lei nº 8.137/90, no que toca ao réu JOÃO VICTOR.

Este o ponto central a ser dirimido.

Sabido é que em crimes de autoria coletiva fica reservada à instrução o delineamento exato da participação de cada infrator na cadeia criminosa. No ponto, **com a devida vênia**, não há falar em inépcia da inicial, porquanto satisfeitos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. A exordial delineia de forma efetiva e suficiente a individualização de cada conduta, com descrição pormenorizada da trama entre os servidores, de sorte que assegurado o pleno exercício de defesa e o amplo conhecimento da imputação.

Portanto, não há deficiência a impedir a compreensão da acusação ou flagrante prejuízo à defesa de JOÃO VICTOR. E, sendo assim, se o ilustre destinatário da prova a esta altura da marcha processual passa a entender que os elementos reunidos na instrução não delineiam os crimes definidos na exordial, deve lançar decisão de mérito, com resultado absolutório.

Na espécie, inexiste dúvida. Com efeito, a denúncia descreve que JOÃO VICTOR teria integrado um esquema criminoso na função de chefia do **DICI-2** da Prefeitura Municipal da Capital e, em tal cenário, atuando no controle de processos em que haveria o pagamento de ilícita vantagem, teria ele orientado Auditores Fiscais Tributários Municipais na colheita de propina em razão da função e conduzido, em tese, uma posterior repartição do valor amealhado.

Trocando em miúdos, por óbvio que ao tempo de proferir sentença, após audiências e oferta de alegações finais, superada a fase do duplo recebimento da exordial, deveria enfrentar o mérito, analisar a prova reunida e lançar decisão motivada, mas nunca rejeitar a denúncia, tal como foi feito na outra imputação da peça vestibular que descreve e imputa a JOÃO VICTOR, então Chefe da Subdivisão suso referida, pessoa responsável por liberar no sistema eletrônico da Prefeitura de São Paulo, as Fichas de Atualização Cadastrais - FAC's preenchidas por seus subordinados.

Esse capítulo da sentença **(item 02.02.02 - fls. 1203)** contaminou todo o ato processual, sem ofensa ao art. 617 do Código de Processo Penal, porque há recurso ministerial e, nessa esteira, a sentença deve ser anulada e outra há que ser proferida, com o enfrentamento do mérito, superada a questão da inépcia da denúncia.

O açodamento no valoração da questão de fundo nesta Instância originariamente extirparia de JOÃO VICTOR inegavelmente o **exercício da ampla defesa**, uma vez que estar-se-ia suprimindo da instância de piso a análise do acervo probatório e, noutra ponta, reduziria a pó o legítimo direito deste réu ao **duplo grau de jurisdição**, circunstância de fato que frontalmente afronta

Acesso ao Sumário

o **corolário do devido processo legal** e o exercício do **contraditório** em sua forma ampla, sem se olvidar da afronta à **segurança jurídica** e do ***fair trail*** pelo renascimento de uma matéria superada no processo para partes e destinatário da prova, reavivada na decisão terminativa de mérito, quando já estava **dirimida** e **acobertada pelo manto da preclusão**, o que é assegurado ao réu pela Carta da República. **E, em tal cenário, a sentença ficou maculada no todo.**

Diante do exposto, pelo meu voto, com fundamento no art. 571, incisos II e VII, do Código de Processo Penal, **anula-se a r. sentença**, devendo outra ser proferida nos termos e limites do v. aresto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0002550-16.2017.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALEXANDRE DA SILVA LASELVA - RE 912.291-5 e Apelante/A.M.P THALITA COELHO PAUFERRO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.540)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVANA DAVID (Presidente) e FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 6 de março de 2024.

MENS DE MELLO, Relator

Ementa: PRELIMINAR - juiz que indeferiu o pedido de formulação de quesito no sentido de indagar ao conselho de sentença se uma das testemunhas cometeu o crime de falso testemunho - indeferimento que deve ser mantido pois não cabe aos jurados decidir sobre delitos que não sejam crimes dolosos contra a vida - preliminar afastada.
HOMICÍDIO - materialidade - boletim de ocorrência, laudo pericial e prova oral que demonstram ter a vítima suportado disparos de arma de fogo que causaram a sua morte.
HOMICÍDIO - autoria - réu que confessou a prática delitiva, a qual foi filmada por câmeras de segurança - legítima defesa - inexistência - réu que atirou na

Acesso ao Sumário

vítima depois que ela estava dominada por terceiros.
SOBERANIA DOS VEREDICTOS - decisão dos jurados lastreada em prova produzida - versão acolhida que não foi manifestamente contrária à prova - anulação do julgamento - impossibilidade.
PENA - base fixada acima do mínimo em razão da multiplicidade de tiros suportada pela vítima - segunda fase - compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão - reprimenda inalterada na terceira fase.
REGIME - Súmula 713 do Supremo Tribunal Federal - efeito devolutivo nas apelações do júri - não provimento ao recurso.

VOTO

Ao relatório da r. sentença[1] que ora se adota, acrescenta-se que o apelante foi condenado como incurso no artigo 121, §2º, VI, do Código Penal, à pena de 12 anos de reclusão, em regime inicial fechado.

O réu apelou[2] alegando preliminarmente, nulidade do julgamento em razão de o Juiz Presidente não ter atendido ao pedido da defesa, no sentido de formular quesito questionando aos jurados se uma das testemunhas cometeu o crime de falso testemunho. No mérito pede a anulação do julgamento pelo E. Tribunal do Júri por ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Apresentadas contrarrazões[3].

A assistência da acusação, manifestou-se pela desistência do recurso[4].

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou[5] pelo deferimento da preliminar, para que o réu seja submetido a novo julgamento popular e, caso o entendimento seja diverso, pelo não deferimento do recurso.

É o relatório.

Da preliminar.

A defesa pede a anulação do julgamento em razão de o Juiz Presidente não ter formulado quesito indagando aos jurados se houve a prática de crime de falso testemunho.

É bom lembrar que a competência do Tribunal do Júri é para julgar os crimes dolosos contra a vida, tão só, de modo que eventual prática do crime de falso testemunho deve ser julgado por Juiz de Direito.

Além disso, a defesa diz que houve a prática do crime porque uma das testemunhas de acusação disse que as imagens do vídeo mostram a vítima segu-

1 Folhas 1.501.
2 Folhas 1.518.
3 Folhas 1.530.
4 Folhas 1.552.
5 Folhas 1.561.

Acesso ao Sumário

rando um copo quando estava imobilizada e com as mãos para o alto. Todavia a defesa mostrou o vídeo aos jurados e todos concluíram que a vítima não segurava tal copo.

É certo que tal detalhe é irrelevante para o caso concreto e diante da qualidade das imagens não é estranho que uma pessoa ao assisti-la sem a devida atenção possa fazer suposição nesse sentido. Todavia o que interessa ao caso é que a vítima estava imobilizada quando foi assassinada e contra isso não há provas.

Mas ainda que se concordasse com o posicionamento de quem acha que tal assunto poderia ser objeto de quesito, HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO defende a tese de que *"a determinação da apresentação é do Conselho de Sentença, através de votação de quesito especial e dando atenção ao artigo 488, evidenciando a previsão não ter a lei processual penal entendido o jurado como figura estática fora do momento da votação do questionário, tanto que também pode consultar os autos (artigo 482), pedir esclarecimentos (artigo 478 e seu parágrafo único) e a indicação de fonte de prova citada nos debates (parágrafo único do artigo 476), inquirir testemunhas (artigos 467 e 468). A forma de exteriorização da decisão de encaminhamento da testemunha à autoridade policial, e não há outra, estará representada na votação majoritária de quesito especial, ficando também com o Conselho de Sentença a iniciativa pelo levantamento da questão, o que então é de ser feito por jurado, descabendo a entrega da iniciativa às partes ou ao Juiz Presidente, assim porque, de um lado, a matéria é pela lei especificamente relacionada com o Conselho de Sentença, e, de outro, a iniciativa pelas partes, que têm interesse em pontos que possam refletir na apreciação do mérito, mostra improbidade, enquanto a iniciativa deve ser vedada ao Juiz Presidente que não tem a incumbência de valorar, salvo em exemplos de desclassificação, as provas. Serve considerar que a estudada previsão da lei é criticável, e bem poderia - por ser o Conselho de Sentença entidade leiga, e que deve ter resguardadas exteriorizações que possam vulnerar, ainda que em reflexos retroativos, o sigilo da votação - ficar a iniciativa, após o trânsito em julgado da sentença, nas mãos do Juiz Presidente.*[6]

Paralelamente a isso, ARY AZEVEDO FRANCO defende que, *"nos processos julgados pelo Júri, sempre que, em plenário, for ouvida testemunha, deverá o presidente do Júri, após a votação dos quesitos, consultar aos jurados se a testemunha infringiu o artigo 342 do Código Penal, consulta que deverá ser feita por meio de cédulas, e, se a maioria entender que a testemunha praticou a infração, deverá o presidente do Júri fazer apresentar a testemunha imediatamente à autoridade policial para a instauração do inquérito, fazendo-a vir à presença do Tribunal novamente, e, dando-lhe ciência da decisão dos jurados a esse respeito, fazê-la conduzir à presença da autoridade policial, de modo que,*

Acesso ao Sumário

6 MARQUES PORTO, Hermínio Alberto. Júri - Procedimentos e Aspectos do Julgamento Questionários. p.132-133.

doravante, a testemunha que houver sido inquirida em plenário, deverá aguardar na sala que lhe é destinada, o final do julgamento"[7].

Como se vê, a primeira corrente entende que se deve oficiar à autoridade policial após o trânsito em julgado da sentença, enquanto a última diz que isso deve ocorrer durante o julgamento pelo Conselho de Sentença, o que provocaria tumulto processual.

Todavia, em ambos os casos, ainda que fosse atendido o pedido da defesa, isso não teria o condão de modificar a decisão do conselho de sentença, e o recorrente sequer enumerou qual o efetivo prejuízo sofrido.

Ora, ausente prova de efetivo prejuízo, pelo princípio da instrumentalidade das formas fica mantido o ato na forma realizada, por ter atingido plenamente seu objetivo, a teor do previsto no artigo 563 do Código de Processo Penal que contempla o brocardo jurídico *pas de nullité sans grief*.

E para colocar uma pá de cal sobre o assunto, registro que o próprio recorrente pode representar perante o Ministério público o a autoridade policial caso acredita que houve crime.

Destarte, rejeito a preliminar.

Do mérito.

Consta da denúncia que o réu é policial militar, e a vítima é policial civil. A vítima participava de festival de música com seus amigos, enquanto o réu participava da segurança do local. Ao avistar a vítima indo ao banheiro com os seus amigos, o réu e outros seguranças tentaram revistá-los, por suspeita de estarem com entorpecentes. A vítima se identificou como policial civil e se recusou a ser revistado. Nisso um dos seguranças o segurou por trás, ocasião em que a vítima efetuou disparos, acertando o réu e outro segurança. Em seguida a vítima e os seus amigos entraram no banheiro. Consta da denúncia que depois de alguns minutos a vítima saiu do banheiro com a arma levantada, e nesse momento o réu efetuou disparos na vítima, que morreu em razão disso.

A materialidade está demonstrada pelo boletim de ocorrência[8], pelo laudo pericial[9] e pela prova oral coligida.

A autoria também é inquestionável, tanto é assim que o réu confessou ter efetuado os disparos contra a vítima, apesar de tentar fazer crer que agiu em legítima defesa.

Tenho que o ponto central deste recurso é a existência, ou não, de legítima defesa.

É inconteste que a vítima efetuou os primeiros disparos de arma de fogo, que atingiram a perna do réu e do segurança Renan. Tal agressão praticada pela vítima consta inclusive da denúncia, e é comprovada pelo exame pericial[10] ao

Acesso ao Sumário

7 FRANCO, Ary Azevedo. Código de Processo Penal. 5.ed. Revista Forense, 1954. v.1, p.274.
8 Folhas 15.
9 Folhas 234/244.
10 Folhas 353.

qual a vítima foi submetida.

A testemunha Rafael Vieira dos Santos disse ser supervisor da equipe de segurança. No dia dos fatos viu três rapazes no banheiro de um dos camarotes do evento onde trabalhava. Suspeitando que eles estavam ali para usar drogas, chamou o réu e outro segurança para o ajudarem na averiguação. Ao entrarem no banheiro viu a vítima e mais dois indivíduos usando cocaína. Nisso um dos seguranças tomou deles uma porção de cocaína. Nesse momento a vítima José Roberto se identificou como policial civil e exigiu a droga de volta. Então o réu se identificou como policial militar e pediu para ele se acalmar. Então a vítima José Roberto tentou desferir um soco no supervisor de segurança Rafael, ocasião em que o segurança Renan tentou aplicar-lhe o golpe denominado mata -leão. Nesse momento José Roberto, que estava com a arma em punho, efetuou disparos de arma de fogo. Por isso todos correram e se esconderam. Instantes depois ficou sabendo que dois indivíduos haviam sido baleados, inclusive o réu.

A testemunha Sergio Lemos Junior disse que soube que um indivíduo havia efetuado um disparo de arma de fogo dentro do banheiro e foi ao local. Chegando lá viu a vítima com a mão na cintura ameaçando sacar a arma. Nisso o réu e outros seguranças tentavam acalmá-lo e pediam para que ele não sacasse a sua arma. Em seguida a vítima sacou a sua arma e disparou contra o réu, ocasião em que o réu revidou e o alvejou. Disse que conhecia a vítima de outras festas e que ele sempre participava de confusões em razão do uso de drogas.

A testemunha Marcio Roberto Azevedo disse que estava no banheiro com a vítima e outro amigo: Thiago Afonso. Enquanto os três usavam o mictório do banheiro, o réu chegou e começou a revistar a vítima enquanto ele urinava. Nisso a vítima se identificou como policial civil e ambos começaram a discutir. Depois chegaram mais segurança e por isso a vítima efetuou disparos de arma de fogo no chão, para afugentá-los, sendo que um desses disparos atingiu o réu. Momentos depois, já do lado de fora do banheiro, a vítima estava dominada pelos seguranças momento em que o réu se aproximou e a alvejou com tiros.

Em seu interrogatório o réu disse que foi à referida festa e estava de lazer. Durante a madrugada o supervisor de segurança, que é seu conhecido, pediu a sua ajuda para verificar a possibilidade de indivíduos estarem vendendo e consumindo drogas no banheiro. Ao avistar três indivíduos no banheiro consumindo cocaína, os advertiu. Nisso outros seguranças chegaram, ocasião em que a vítima efetuou um disparo de arma de fogo contra o réu, que atingiu a sua coxa. Disse que a vítima saiu do banheiro com a mão na cintura e depois efetuou outro disparo. Por essa razão o réu atirou contra o policial civil, apenas para se defender.

Todavia, a versão do réu e das suas testemunhas restaram fulminadas pelas imagens das câmeras de segurança, que inclusive foram divulgadas em vários sites de notícias.

Acesso ao Sumário

As imagens não mostram o entrevero que aconteceu dentro do banheiro, onde o réu foi baleado inicialmente. Os depoimentos das testemunhas de defesa e de acusação são no sentido de que a vítima, realmente, efetuou um disparo de arma de fogo contra o réu no interior do banheiro.

Todavia, as imagens mostram o réu sendo dominado por inúmeros seguranças após a saída do banheiro. É possível ver o réu, inclusive, ao lado da vítima que já está imobilizada. Em seguida o réu efetua disparos de arma de fogo contra a vítima, que cai ao chão. Depois um dos seguranças pega a arma da vítima e entrega ao réu, que efetua um disparo contra a sua perna com a arma da vítima, a fim de simular que estava em confronto.

Assim, a alegação do réu, de que atirou na vítima em legítima defesa resta fulminada pela prova digital, pois o réu atirou na vítima enquanto ela estava dominada e posteriormente simulou levar um tiro para justificar o homicídio que acabara de cometer.

Destarte, a decisão do conselho de sentença está em consonância com a prova coligida, não havendo se falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Em sede de julgamentos pelo Tribunal do Júri adota-se o princípio constitucional da soberania dos veredictos, nos termos do artigo 5º, XXXVIII, c, da Constituição Federal.

No mesmo sentido o Código de Processo Penal, que no seu artigo 593, III, d, c.c. §3º, prevê que a análise do fato realizado pelos jurados é soberana, salvo se manifestamente contrária à prova dos autos.

DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS[11] afirma que *"é pacífico que o advérbio "manifestamente" (III, d) dá bem a ideia de que só se admite seja o julgamento anulado quando a decisão do Conselho de Sentença é arbitrária, porque se dissocia integralmente da prova dos autos. E não contraia esta a decisão que, com supedâneo nos elementos de convicção deles constante, opte por uma das versões apresentadas"*.

No mesmo sentido JÚLIO FABBRINI MIRABETE[12] ao afirmar que *"o art. 593, inciso III, prevê a apelação do Tribunal do Júri quando "for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos" (alínea d). Trata-se de hipótese em que se fere justamente o mérito da causa, em que o "error in judicando" é reconhecido somente quando a decisão é arbitrária, porque se dissocia integralmente da prova dos autos, é contrária manifestamente à verdade apurada no processo e representa uma distorção da função judicante do Conselho de Sentença. Assim, não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autoriza a cassação do julgamento. Unicamente a decisão dos jurados que nenhum arrimo encontra na prova dos autos é que pode ser invalidada"*.

11 Código de Processo Penal Anotado - São Paulo: Saraiva - 15ª ed. 1998 - p. 422.

12 Processo Penal - 1991 - p. 612/613.

Acesso ao Sumário

HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO[13] destaca que *"o entendimento do conceito de soberania reaparece com seus efeitos após o julgamento pelo Tribunal do Júri, por ocasião do exame de apelação buscando a rescisão, pelo mérito, do decidido pelos jurados; ao Tribunal do Júri cabe proferir decisão, então não manifestamente contrária à prova, que encontre amparo em contingente menor de provas em conflito; e decisões com tal amparo, que não prevaleceriam, em regra, quando proferidas por Juiz singular, são mantidas porque excepcional a marginalização das decisões dos jurados, o entendimento do conceito de soberania dá atenção a seus limites, agora, então sem caráter ampliativo e indevido"*.

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO[14], tratando do tema relata que *"não permitiram, em nenhum caso, pudesse a instância superior reexaminar a causa e proferir a decisão adequada. Autorizaram ao Tribunal ad quem corrigir as distorções, quando o erro partir do Presidente do Júri, jamais quanto ao pronunciamento do Conselho de Sentença"*.

Finalmente, como bem afirmou UADI LAMMÊGO BULOS[15], que *"não foi sem razão que o constituinte incluiu a soberania dos veredictos no catálogo das liberdades públicas da Constituição". Nem sempre julgamentos provenientes de juízes togados conseguem auscultar as transformações do fato social cambiante. Elegendo-se pessoas leigas para decidirem a respeito dos problemas relacionados ao jus libertatis é garantir o sentimento do povo, porque o formalismo da lei nem sempre acompanha o fato e a vontade popular. Quantas vezes o legislador emite comandos normativos gerais e abstratos divorciados da realidade fática? Erigindo-se a soberania dos veredictos ao patamar constitucional, o tribunal leigo poderá considerar e sopesar critérios não auferidos pela lei. Daí a sua justificação.*

Ou seja, quando o corpo de jurados, dentro do seu livre convencimento, adotar uma das versões existentes na prova produzida nos autos, inexistirá decisão manifestamente contrária à prova, ainda que seja possível críticas a tal decisão.

Assim, a decisão do Júri que com base em elementos constantes nos autos opta por uma das versões apresentadas não pode ser anulada sob alegação de ser contrária à prova dos autos.

Neste sentido preleciona JOSÉ FREDERICO MARQUES[16] ao afirmar ser *"necessário, no caso, para que o Tribunal ad quem, acolhendo o recurso, lhe dê provimento, é que o veredicto esteja em radical antagonismo com aquilo que de modo indiscutível promane, em relação à quaestio facti, da prova dos autos. Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de con-*

Acesso ao Sumário

13 Júri: procedimento e aspectos do julgamento. Questionários - RT - 5ª ed. - 1989 - p. 33.
14 Processo Penal - São Paulo: Saraiva - 12ª ed. - 1990 - v. 4 - p. 55-56.
15 15 Constituição Federal Anotada - São Paulo: Saraiva - 1ª ed. 2000 - p.199.
16 Elementos de Direito Processual Penal - Campinas: Bookseller – 1997 - p. 233.

vicção colhidos na prova que autoriza a cassação do veredicto: unicamente a decisão dos jurados que nenhum arrimo encontre na prova dos autos é que pode ser invalidada. Desde que uma interpretação razoável dos dados instrutórios justifique o veredicto, deve este ser mantido, pois, nesse caso, a decisão deixa de ser 'manifestamente contrária a prova dos autos'".

Este é o caso dos autos, onde a decisão dos jurados não se encontra totalmente divorciada da prova dos autos, devendo ser mantida, no sentido da orientação pacífica do Supremo Tribunal Federal.

> *"EMENTA RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRIBUNAL DO* ***JÚRI****. DECISÃO MANIFESTAMENTE* ***CONTRÁRIA*** *À PROVA DOS AUTOS. REALIZAÇÃO DE NOVO JULGAMENTO. NÃO VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA* ***SOBERANIA*** *DOS* ***VEREDICTOS****. EXCESSO DE LINGUAGEM. INOCORRÊNCIA. 1. O Superior Tribunal de Justiça observou os precedentes da Primeira Turma desta Suprema Corte que não vem admitindo a utilização de habeas corpus em substituição a recurso constitucional. 2. A soberania dos veredictos não é um princípio intangível que não admita relativização. A decisão do Conselho de Sentença quando manifestamente divorciada do contexto probatório dos autos resulta em arbitrariedade que deve ser sanada pelo juízo recursal, nos termos do art. 593, inciso III, alínea d, do Código de Processo Penal."*[17]
>
> *"PENAL. PROCESSUAL PENAL.* HABEAS CORPUS. *TRIBUNAL DO JÚRI. QUESITAÇÃO. INCOMPATIBILIDADE ENTRE AS RESPOSTAS. NÃO CONFIGURAÇÃO. DIVERGÊNCIA PROBATÓRIA. RESPEITO À SOBERANIA DOS VEREDICTOS. ORDEM DENEGADA. I - No caso em espécie, não ficou configurada a contradição entre as respostas aos quesitos. II - Apresentação de duas teses, sendo uma delas prestigiada pelos jurados. III - Inexistindo contradição frontal, há que se prestigiar o princípio constitucional da soberania dos veredictos. IV - Ordem denegada"*[18].
>
> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL.* HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRIBUNAL DO JÚRI. CRIME DE HOMICÍDIO SIMPLES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE LESÃO COR-*

17 STF - RHC nº 118197/ES - rel. Min. Rosa Weber - j. 11/03/2014.

18 STF - HC nº 96242 - rel. Min. Ricardo Lewandowski - j. 19/05/2009.

Acesso ao Sumário

PORAL SEGUIDA DE MORTE. APELO DA ACUSAÇÃO. ALEGAÇÃO DE VEREDICTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. TESE DEFENSIVA QUE ENCONTRA APOIO NOS AUTOS. DECISÃO DOS JURADOS QUE NÃO PODE SER TIDA COMO ABERRANTE OU DESABRIGADA DE QUALQUER INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL. MANIFESTA ILEGALIDADE CONSTATADA. HABEAS CORPUS *NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO. "Nos processos de competência do Tribunal do Júri, o princípio do duplo grau de jurisdição (art. 5º, LV, da CF) deve coexistir com o princípio da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, c, da CF), que importa em restrição ao poder de revisão das decisões de mérito. Assim, a anulação do julgamento, com fundamento na alínea d do inciso III do art. 593 do CPP - ou seja, quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária a prova dos autos -, restringe-se às hipóteses em que o Conselho de Sentença decide absolutamente divorciado do conjunto probatório, e não quando confere às provas interpretação divergente do Tribunal Togado, sob pena de violação do princípio constitucional da soberania dos veredictos do júri"*[19]

Também no mesmo sentido a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. *HOMICÍDIO QUALIFICADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. APELO DEFENSIVO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. IMPROVIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. PRINCÍPIO DA SOBERANIA DO VEREDICTO POPULAR. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO A EMBASAR O ÉDITO REPRESSIVO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. ORDEM DENEGADA. 1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus. 2. Interposto recurso de apelação contra a sentença proferida pelo*

Acesso ao Sumário

19 STF - HC nº 128437/ES - rel. Min. Assusete Magalhães - j. 07/11/2012.

Tribunal do Júri, sob o fundamento de ser manifestamente contrária à prova dos autos, ao órgão recursal se permite apenas a realização de um juízo de constatação acerca da existência ou não de suporte probatório para a decisão tomada pelos jurados integrantes do Conselho de Sentença, somente se admitindo a cassação do veredicto se flagrantemente desprovido de elementos mínimos de prova capazes de sustentá-lo. 3. Na hipótese vertente, infere-se que o Tribunal de origem, ao analisar a insurgência manifestada pela defesa, negou provimento à apelação, mantendo o julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, ao demonstrar que haveria nos autos suporte probatório para a decisão condenatória proferida pela Corte Popular, motivo pelo qual não se vislumbra o aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente"[20].

*"*HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. CRIMINAL. TRIBUNAL DO JURI. APELAÇÃO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA. INOCORRÊNCIA DE CONDENAÇÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS. ALTERAÇÃO QUE DEMANDA O REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. OCORRÊNCIA DE NULIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. EFEITO DEVOLUTIVO RESTRITO DA APELAÇÃO. PROTESTO POR NOVO JURI. JULGAMENTO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 11.689/2008. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.* [21] .

A qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa da vítima também deve permanecer pois o réu matou a vítima enquanto ela estava dominada por inúmeros seguranças.

Da dosimetria.

Na primeira fase a pena básica foi corretamente estabelecida acima do mínimo legal, isto é, 14 anos de reclusão, em razão da maior reprovabilidade do delito, tendo em vista que o réu matou a vítima com vários disparos.

Na segunda fase o juiz reconheceu a atenuante da confissão e reduziu o castigo ao mínimo legal, isto é, para 12 anos de reclusão. Registro que o Juiz entendeu que o réu confessou o delito em razão de ele ter dito que atirou contra a vítima, a despeito de alegar ter agido em legítima defesa.

Na terceira fase o castigo restou inalterado.

Não tendo o recurso tratado do regime prisional, não há o que analisar, posto que em sede de júri, o efeito devolutivo é restrito, consoante dispõe a Súmula 713 do Supremo Tribunal Federal: *"O efeito devolutivo da apelação*

20 STJ - HC n º 104547/SP - rel. Min. Rogerio Schietti Cruz - 03/04/2014.

21 STJ - HC nº 198985 RS - rel. Min. Marilza Maynard - j. 19/03/2013.

Acesso ao Sumário

contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição".

Ante o exposto, **REJEITO** a preliminar, e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502711-79.2021.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante DENNER AUGUSTO CIRINEU, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM A PRELIMINAR e, no mérito, DERAM PROVIMENTO ao recurso defensivo para absolver o réu Denner Augusto Cirineu da imputação referente ao crime previsto no art. 20, caput, da Lei n. 7716/89, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.008)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AUGUSTO DE SIQUEIRA (Presidente) e MARCELO GORDO.

São Paulo, 4 de abril de 2024.

XISTO RANGEL, Relator

Ementa: Apelação criminal. Art. 20, caput, da Lei n. 7716/86. Sentença condenatória. Recurso defensivo visando, em preliminar, o reconhecimento da inépcia da denúncia e a falta de justa causa para a ação penal. No mérito, o pedido é para que o réu seja absolvido por ausência de prova do dolo necessário para a configuração do crime de racismo. Preliminares rejeitadas. Eventual inépcia da denúncia somente poderia ser declarada se demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa, o que não se vislumbra no caso presente. Falta de justa causa também não demonstrada nos autos. Mérito. Acolhimento do recurso defensivo. Ausência do dolo específico consistente na vontade de menosprezar ou discriminar uma raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, como um todo. Rejeitada a preliminar e, no mérito, dado provimento ao recurso defensivo para absolver o réu Denner Augusto

Acesso ao Sumário

Cirineu da imputação referente ao crime previsto no art. 20, caput, da Lei n. 7716/89, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

VOTO

Ao relatório de fls. 511/518, acrescenta-se que a ação penal foi julgada procedente para condenar o réu **DENNER AUGUSTO CIRINEU** à pena de 01 ano de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, em regime aberto, por infração ao art. 20, caput, da Lei n. 7.716/86, c.c art. 29 do Código Penal. A pena corporal foi substituída por prestação de serviços à comunidade.

De acordo com a tese acusatória (fls. 01/03):

Consta do incluso inquérito policial que, no dia 06 de agosto de 2021, por volta das 18h00min, no estabelecimento comercial denominado "Assaí", situado na Praça José Bonifácio, 149, Centro, CEP:13480-081, nesta cidade e comarca de Limeira-SP, DENNER AUGUSTO CIRINEU, qualificado à fl.49, e JOÃO VENANCIO DE PAULA NETO, qualificado a fls.14, agindo em unidade de desígnios, imbuídos de especial ânimo de segregação à raça, praticaram discriminação e preconceito de raça, tendo como vítima direta o sr. LUIZ CARLOS DA SILVA.

Conforme restou apurado, na data dos fatos, o denunciado DENNER, funcionário do supermercado Assaí, e JOÃO VENÂNCIO, contratado terceirizado para atuar junto à segurança do referido estabelecimento, praticaram discriminação racial em face da vítima Luiz Carlos, em razão da sua cor.

Tal ocorrera porque, referidos funcionários, mesmo cientes de que não deveriam seguir e abordar a vítima questionando se havia algo embaixo de suas vestes, assim o fizeram, por suspeitarem do cliente em razão de sua cor. Não houve qualquer acompanhamento prévio pelo setor de vigilância com câmeras, que eventualmente indicasse a real possibilidade da prática de conduta ilícita pelo consumidor, e ainda assim a vítima foi seguida, abordada e indevidamente revistada. Ao ser abordada de forma indevida, e revistada, a vítima, à época dos fatos com 56 anos de idade, ficou extremamente abalada com o ocorrido, e para comprovar que nada havia furtado do estabelecimento, em momento de visível desespero, retirou completamente suas vestes, permanecendo apenas com o traje íntimo no interior do estabelecimento. Tal situação vexatória e humilhante foi presenciada por diversos consumidores que estavam no estabelecimento, e assistiram à cena deplorável.

Importa destacar que o racismo estrutural é conhecido no meio, o que inclusive gerou cursos na formação de profissionais na empresa (fls.28/32). Entretanto, a despeito da realização de toda uma série de cursos para enfrentar tal ocorrência (cópias da ACP juntada a fls.106/155), os denunciados agiram em completa contrariedade às orientações recebidas nos cursos, tanto no que

Acesso ao Sumário

tange a seguir a vítima no estabelecimento sem o suporte daqueles que estavam nas câmeras de segurança, quanto na abordagem em si, questionando se a vítima tinha algo escondido em sua cintura, embaixo de suas roupas.

A orientação e determinação era expressa no sentido de que os denunciados não poderiam assim proceder, pois resultaria em toda a exposição do cliente, como de fato ocorrera.

Note-se que no folheto das orientações aos seguranças, conforme fls. 16 da contestação (fls.116 destes autos), estão expressas as orientações no sentido de que se evite a abordagem e que é "expressamente proibido REVISTAR A PESSOA; SOLICITAR QUE LEVANTE OU ABAIXE SUAS VESTES;".

Tal atuação dos denunciados, contrária aos cursos e orientações da empregadora, somente ocorreu porque os seguranças/denunciados entenderam que poderiam assim proceder deliberadamente com um homem negro, de aparência humilde, andando sozinho no interior do estabelecimento, evidenciando o mais clássico racismo estrutural. Não se alegue que a eventual condição de pardo de qualquer autor excluiria a imputação, uma vez que o crime de racismo pode ser praticado por qualquer cidadão, podendo o racista, inclusive, pertencer à raça discriminada.

Desta forma, restou evidente nos elementos colhidos no inquérito que os denunciados, ao agirem da forma supramencionada, praticaram ato de discriminação e preconceito de raça.

A denúncia foi recebida em 30.11.2022 (fls. 254/256) e, ao final da instrução, o réu foi condenado nos termos supramencionados.

O corréu João Venancio de Paula Neto não foi localizado, sendo determinado o desmembramento do feito em relação a ele (autos de n. 0008704-12.2023.8.26.0320).

Inconformado com o desfecho condenatório, apelou o sentenciado às fls. 537/587. Em resumo, requer em preliminar a declaração de inépcia da denúncia e reconhecida a ausência de justa causa, anulando-se todos os atos do processo. No mérito, o pedido é para que seja absolvido por ausência de prova do dolo necessário para a configuração do crime de racismo.

Contrarrazões do MP às fls. 630/639 pelo improvimento do recurso.

A PGJ, por sua vez, não discordou (fls. 650/656).

Houve interesse na realização de sustentação oral (fls. 647).

É o relatório.

De início, a preliminar deve ser rejeitada.

Eventual inépcia da denúncia somente poderia ser declarada se demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa, o que não se vislumbra no caso presente.

Além disso, segundo reiterado entendimento dos Tribunais Superiores, *a alegação de inépcia da denúncia perde força diante da superveniência da*

Acesso ao Sumário

sentença condenatória - HC n. 122.296-MG, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 16.10.2021.

A propósito, cabe destacar outros julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 386, VII, DO CPP. SÚMULA 7/STJ. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 59 DO CP. INEXISTÊNCIA. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM NÃO CARACTERIZADO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. No que tange à questão amparada no art. 41 do Código Penal, de acordo com a jurisprudência desta Corte, "após a prolação de sentença condenatória, em que é realizado um juízo de cognição mais amplo, perde força a discussão acerca de eventual inépcia da denúncia" (REsp 1.166.299/RJ, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 3/9/2013). 2. A absolvição do acusado baseada na insuficiência de provas, demandaria necessariamente o reexame do acervo fático-probatório, o que é inviável em sede de recurso especial, conforme dispõe a Súmula 7/STJ. 3. (...). AgRg no AREsp 1609564/RO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020, DJe 04/05/2020;

RECURSO ESPECIAL. DUPLICATA SIMULADA. JULGADO PROFERIDO EM HABEAS CORPUS. INAPTIDÃO PARA COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. FALTA DE COTEJO ANALÍTICO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. INÉPCIA DA INICIAL NÃO CONFIGURADA. AÇÃO PENAL JULGADA PROCEDENTE. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. 1. (...)3. A acusação formalizada pelo Ministério Público preenche os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, pois, além de apontar a existência da prova do crime e de indícios suficientes de sua autoria, discriminou os fatos, em tese, praticados pelo recorrente, com todas as circunstâncias até então conhecidas, de sorte a permitir o contraditório e a ampla defesa. 4. A prolação de sentença condenatória esvai a análise do pretendido reconhecimento de inépcia da denúncia. Isso porque, se, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos ao longo da instrução criminal, já houve um pronunciamento sobre o próprio mérito da persecução penal (denotando, ipso facto, a plena aptidão da inicial acusatória), não há mais sentido em se analisar eventual ausência de aptidão da exordião acusatória. 5. (...). REsp 1347610/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 09/04/2018.

Acesso ao Sumário

Diante do exposto, é de rigor a rejeição da preliminar arguida, já que não se vislumbra a inépcia da denúncia, que descreveu os fatos de forma clara e objetiva, possibilitando o efetivo exercício da ampla defesa do acusado.

De igual modo deve ser afastada a tese de ausência de justa causa que, como se sabe, consubstancia-se na presença da materialidade e de indícios de autoria.

No caso dos autos, os fatos são incontroversos, tanto é que a defesa busca a absolvição por ausência de prova do dolo necessário para a configuração do crime de racismo.

Ainda assim, destaco o boletim de ocorrência de fls. 01/02, os documentos de fls. 109/199 e a gravação de fl. 426.

Logo, o recebimento da denúncia era mesmo de rigor, de modo que afasto mais essa preliminar.

No mérito, como já destacado, o ponto central da discussão diz respeito ao dolo necessário para a prática do crime previsto no art. 20, caput, da Lei n. 7.716/86.

De acordo com a defesa, tudo não passou de um erro de procedimento, sendo o réu pessoa negra, jovem, batalhador e com histórico de vida imaculável e que apenas seguiu orientação de terceiro para acompanhar a vítima.

Contudo, antes de nos debruçarmos sobre o tema, é necessário fazer um apanhado da prova oral coligida nos autos.

Vejamos.

Em solo policial, a **vítima** contou que (fl. 19/21) *por volta das 15h50 chegou da cidade de Iracemápolis, onde trabalha em uma metalúrgica, foi até duas agências bancárias no centro de Limeira fazer algumas transações; se dirigiu ao terminal urbano, onde antes de embarcar colocou crédito em seu cartão de transporte e lembrou que no final de semana seus netos iriam até sua residência, foi quando decidiu ir até o mercado onde os fatos ocorreram e lá ia fazer uma pesquisa de preços devido a desproporção de preços exercidos pelos mercados de Limeira; não me recordo o horário exato que cheguei na rede atacadista, permaneci no interior do referido estabelecimento por uns vinte minutos, passando a maior parte na área relativa aos refrigerantes e poucos minutos nos perecíveis, e ao sair ainda antes do acesso principal da loja (entrada e saída), outras pessoas também o faziam, porém eu fui interpelado por dois funcionários do supermercado, os quais me disseram: "dá para o senhor encostar ali, por favor, pois você deve estar com alguma coisa, pois sua blusa está volumosa?". Em ato contínuo, desabotoei a blusa e mostrei que não tinha nada, neste momento percebi que um olhou para a cara do outro. Interpretou aquele gesto como se eles estivessem ainda desconfiando de sua atitude, foi neste momento que tirou a blusa de frio e levantou a camiseta, mais uma vez demonstrando que não tinha nada; nesse exato momento passava um cliente e já sob efeito*

Acesso ao Sumário

emocional abalado, pediu para aquela mulher que filmasse o que estava acontecendo, não sei ao certo se ela conseguiu filmar, pois nesse lapso temporal chegaram mais funcionários do supermercado e encobriram a visão daquela senhora e outras pessoas, pelo o que pude perceber, também começaram a gravar. Tirou a blusa e a camiseta, jogando-as no chão. Ali, na sua concepção, estava claro que não havia pego nada no mercado, foi quando resolveu, devido seu estado emocional, baixar as calças, ficando apenas de cueca; na sequência um funcionário cuja identidade não sabe precisar e não tem condições de reconhecê-lo pois estava de máscara, pediu para que ele o acompanhasse até uma área reservada para evitar aquele constrangimento e que a empresa o levaria para sua residência, coisa que não concordou; como já estava recomposto, quis sair daquele ambiente, mas foi impedido até que uma senhora cuja identidade desconhece "bateu boca" com os funcionários e eles acabaram me liberando. (...) inquirido pela autoridade policial se em algum momento ele percebeu que essa abordagem foi relacionada a sua cor de pele, se houve alguma ofensa que possa ter caracterizado alguma espécie de racismo, respondeu: "Não. Não me ative a esses detalhes".

Em juízo, disse que *que foi ao mercado para avaliar os preços e iria pra outro mercado pra comparar os preços posteriormente. Assim quando estava saindo, sem nada nas mãos, para ir no outro mercado alguns seguranças o pararam, o encostaram no canto e mais segurança foram chegando ao local. Devido à abordagem, ficou nervoso, tirou o celular e carteira e colocou no chão, e os seguranças nada diziam, ato contínuo, tirou a camiseta e eles continuaram calados, momento em que tirou a calça também, porque não sabia mais o que fazer. Inicialmente eram dois seguranças e um gerente que o abordou, depois vieram mais, e não sabia ao todo quantos eram. Relatou que enquanto estava tirando as coisas pediu pra quem estava passando gravar, porque ficou com medo deles colocarem algo no meio. Em todo o momento que estava tirando as vestes eles não falaram nada, ficaram só olhando, depois chegou uma senhora e tentou tira-lo do local, mas eles não deixaram. Narrou que estava com 57 anos na época, e que quando tirou a roupa chorou porque não podia fazer nada, se fosse brigar ia ser considerado o errado, que se sentiu humilhado porque as pessoas passaram, todos que entravam e saiam viam ele naquela situação. Frequentava esse mercado. Posteriormente os seguranças exigiram que ele vestisse a roupa e mencionaram que o levariam para a casa, mas uma cliente acabou o levando para sua residência, pois ele não estava passando bem. Asseverou que nunca passou por uma situação parecida, e que tirou a roupa porque mesmo depois de tirar o celular e a carteira, os seguranças ficaram na frente dele sem falar nada e o impedindo de sair. Recorda-se do Dener, que era um segurança moreno e alto, e que ele não falou nada em relação a cor quando da abordagem ou fez qualquer menção, tendo ficado sem falar nada. Perguntado se no momen-*

Acesso ao Sumário

to da abordagem notou algo de cunho racista, disse que quando da abordagem a verificação poderia ser feita no local, e encerrado a questão, mas eles levaram-no para o canto pra ver se tinha algo ou não. Perguntado se a abordagem ocorrera porque seria preto, disse que acredita que não, mas na sua cabeça ficou isso, isto é, que na hora achou que não, mas foi passando o tempo e refletiu, pois tudo demorou demais, aí poderia ser racismo. Que já chegou a ver outras pessoas serem abordagens naquele lugar, mas não parou pra ver. Que as outras pessoas que viu ser abordadas era morenas, um pouco mais claras que ele, nunca tendo visto brancos serem abordados lá.

A testemunha **Geraldo Cezino Vasconcelos**, gerente do estabelecimento, contou na fase inquisitiva (fls. 24/26) que após ter conhecimento dos fatos *procurou se inteirar do que realmente aconteceu à luz de comunicar a seus superiores com detalhes da ocorrência, foi quando ficou sabendo que o prestador de serviço Gladson fazia rondas e percebeu que um cliente estava com um casaco que tinha um volume na altura da cintura, podendo ser algo furtado ou mesmo uma arma, de pronto o referido contactou Dener, um funcionário da empresa de mais de dois anos, o qual está exercendo a função de prevenção de perdas há cinco meses, o que seria regra é que o Dener fizesse um acompanhamento à distância e solicitasse ao CFTV que fizesse um acompanhamento através de monitoramento, mas acreditando que não deveria ter funcionários da CFTV naquele momento, o mesmo por conta própria resolveu monitorar o indivíduo citado por Gladson no interior do mercado. Ocorre que em determinado momento aquele senhor citado por Gladson caminhava em direção à saída, mas por algo desconhecido, o mesmo resolveu retornar, o que chamou mais atenção de Dener. Passado alguns minutos, quando o senhor saía, Dener e João Venâncio (terceirizado), resolveram por conta própria abordar aquele senhor, desrespeitando todas as regras da empresa, pois os funcionários são treinados para que fatos dessa natureza só devem acontecer quando o CFTV tiver algo de concreto para uma abordagem dentro dos padrões que a empresa adota. Infelizmente Dener não respeitou isso e o tumulto acabou se generalizando; (...) O tempo em que estive presente e acompanhei, não houve nenhuma citação com relação à cor de pele do senhor Luiz.*

Sob o crivo do contraditório, narrou que *estava no estacionamento fazendo ronda de rotina quando ouviu os gritos na entrada da loja, momento que correu para lá e viu o Sr. Luis já sem as calças e gritando, assim tentou acalmá-lo e dar água pra ele. Fez o que foi possível pra tentar amenizar. Relatou que na época era gerente da loja. Que o Sr. Luis estava só de cuecas gritando que não tinha roubado nada e que não era ladrão, que tinha uma aglomeração de pessoas. Que tinha um colaborador terceirizado e outro era o Sr Dener, que depois ficou sabendo que os dois que abordaram o sr Luis. Que o Dener disse que percebeu que o cliente tinha um volume e o chamou para conversar, momento*

Acesso ao Sumário

em que o cliente começou a se manifestar. Disse que todos os funcionários recebem treinamento, que naquele momento tinham 51 funcionários, a parte da prevenção, todos recebem treinamento sobre os procedimentos e cuidados com as pessoas. Que a abordagem e revista pessoal não faz parte do procedimento, que qualquer abordagem teria que ser verificada pelo sistema de segurança para ter a certeza absoluta com o controle de monitoramento, com a realização fora da loja. Que tinham o sistema de monitoramento, mas não estava sendo operado no momento. Disse que o Dener afirmou que recebeu uma informação de uma pessoa de que teria alguém com um volume, mas não sabia do que se tratava.

Carlos Antonio Mariano, também funcionário do mercado, disse na fase policial (fls. 15/16) que *é chefe da mercearia do Atacadista Assaí, loja de Limeira, em determinado momento cuja hora não sabe precisar ouviu alguns gritos que vinham da porta principal. Pelo fato de já ter trabalhado na prevenção à perdas, resolveu se aproximar para se certificar do que estava acontecendo, chegando no local conversou com alguns colaboradores e se informou que um senhor havia sido abordado por um funcionário da prevenção, cujo primeiro nome é Dener. Diante disso e de sua experiência no setor, foi conversar com Dener para se inteirar do ocorrido e, percebendo que a vítima estava emocionalmente abalada, aconselhou Dener a se afastar dali, pois o sr. Geraldo, que é o gerente geral, já havia chegado ao sítio do evento e poderia conduzir os trabalhos a bom termo. Isso evitaria que terceiros viessem a provocar Dener, o qual justificou sua atitude dizendo que havia abordado aquele senhor pois ele aparentava trazer sob suas vestes, ter um volume, que poderia algo da loja ou uma arma. Deixa consignado que a empresa adota uma política antirracista e todos os funcionários que atuam na área de prevenção à perdas são submetidos a cursos específicos não só na área de segurança, mas também no tocante ao racismo e homofobia. Inquirido pela autoridade policial, já que ele seria amigo de Dener, poderia dizer se ele seria capaz de praticar delito de injúria racial ou coisa que o valha, respondeu: Não, o conheço bem e sei que ele jamais faria algo semelhante. Ele é negro e sempre demonstrou ser um bom profissional. Na minha concepção, o seu único erro foi na abordagem, pois ele agiu por conta própria, pois existe na empresa algumas regras que devem ser seguidas, principalmente antes da abordagem.*

Em juízo, narrou que *chegou quando já tinha acontecido a abordagem e o rapaz já tinha tirado parte da roupa. Assim perguntou o que tinha acontecido e se tinha sido feito a abordagem, momento em que o menino da prevenção disse que tinha pedido pra conversar com o cliente, e como estava o tumulto e ele envolvido no tumulto eu o orientei a sair do local. Que o segurança mencionou que o cliente tinha um volume na roupa, por isso ele abordou. Que viu que tinha bastante gente ao redor, ele não estava mais chorando, mas estava sem roupa,*

Acesso ao Sumário

assim tirou o rapaz da prevenção e saiu de lá. Que não sabe o que aconteceu com o cliente depois, era chefe de seção. Quanto ao procedimento disse que em caso de suspeita, deve ser acompanhado pela SET TV, sendo que a abordagem é só em último caso. Que a orientação é tentar inibir a ação, oferecendo ajuda, viu que a pessoa cometeu algum ato suspeito no piso da loja, vai lá oferece um carrinho, essa que é a orientação. Perguntado se existe vedação de revista pessoal, disse que já foi chefe de prevenção, e que a empresa dá o treinamento proibindo revista, pedir pra erguer roupa, nada disso pode ser feito. Que o circuito de tv estava operando no momento e poderia ser consultado antes de qualquer abordagem. Que trabalhou pouco com o Dener, sendo que quando ele entrou na prevenção o depoente já tinha saído do setor, que a princípio era um menino centrado, sendo que acredita que o acontecido foi mais um erro de procedimento. Que no momento não teve observação de ninguém quanto à preconceito ou racismo.

A testemunha **Fabiano da Silva Souza**, que estava de férias no dia dos fatos, disse em juízo que *trabalhava no setor de prevenção e perdas, que o Dener fazia parte da sua equipe. Que estava de férias no momento dos fatos. Que o Assai preza pelo recrutamento interno, o Dener era repositor e identificaram o comportamento responsável pelo Dener, motivo pelo qual deram a promoção para ele ao grupo da prevenção. Que ele era muito sério e comprometido com o que fazia. Que o acompanhamento é feito pelo uso da tv, após no piso de loja, que não barram clientes ou possíveis furtadores, que Dener estava na prevenção. Que o funcionário Gledson verificou que algum cliente estava com um volume na cintura e passou para o Dener e outro vigilante, e depois saiu do local. Que todos eram colaboradores ou terceiros do Assaí. Não é a ordem do Assaí o direcionamento de barrar alguém. Que o Dener foi comunicado para fazer o acompanhamento, no qual verifica-se se a denúncia procede ou não, não se trata de ficar seguindo a pessoa, mas sim ficar atento, pedir pro SET TV fazer a cópia, ou abandonar a situação deixando o cliente fazer a compra. Que o que se pede à prevenção é para acompanhar e visualizar, em nenhum momento barrar o cliente.*

A testemunha **Luís Felipe Freitas Barreto** disse em juízo que *no momento da abordagem estava de costas, aí foi chamado pelo Dener porque a vítima estava com a calça abaixada, assim pediu para que ele a vestisse, momento em que ele não obedeceu e pediu para tudo ser filmado. Afirmou que não chegou a ver o início da abordagem, estava de costas na hora. Quando viu ele já estava no canto. Que no momento estava o Dener e o João Venâncio com eles, não tendo ouvido nada que eles falavam no momento inicial da abordagem. Quando chegou, viu que a vítima estava meio em choque e sem as vestes, que muitas pessoas viram, porque o mercado estava cheio e com fila na porta. Relatou que ouviu a vítima dizer "eu não roubei nada, eu sou trabalhador", e em seguida*

Acesso ao Sumário

a vítima entrou em estado de choque e começou a chorar. O segurança Dener mandou ele colocar a roupa quando viu que ele estava em estado de choque, e que muitas pessoas viram nesta hora que ele estava em estado de choque. A partir do momento que o sr Geraldo conversou e eles retiraram o cliente e chamaram o SAMU, a polícia que fez a ocorrência. Que os funcionários recebem treinamento no qual ensinam que em caso de suspeita eles não abordam, mas passam para as autoridades,e comunicam a prevenção, que aciona a polícia. Perguntado pela defesa se as abordagens que presenciou seriam de pessoas brancas e pretas, disse que apenas presenciou esta abordagem. Que o Dener era do setor da prevenção, que quando entrou no Assai o Dener já estava na prevenção. Que entre eles o Dener não teria atitude racista, que no Assai tem treinamentos e cursos que para orientar contra racismo, e que não viu eles falarem de racismo.

João Venâncio de Paula Neto, vigilante patrimonial do mercado e ouvido somente na fase policial (fls. 17/18), contou que *que presta serviços para o Assaí Atacadista, mais especificamente na portaria da loja, controlando o acesso de clientes na loja e presta apoio para o setor de prevenção de perdas; Em hora que não se recorda, na sexta-feira, no final da tarde, o "G8 Gladson" foi orientado pela "prevenção" de prenome Reinaldo de que havia um senhor de blusa, jaqueta e que tinha um volume na altura da cintura. Como ele ia jantar e iria embora, pediu para o Gladson informar ao declarante o que estava ocorrendo e também passasse para o Dener, para que ele fizesse o acompanhamento daquela pessoa; que estava na portaria com o Dener, quando o senhor citado por Reinaldo vinha se aproximando, Dener se aproximou do mesmo de forma educada e pediu para o senhor que o acompanhasse até próximo a entrada dos sanitários para conversar e assim foi feito, inclusive, ele declarante acompanhou essa conversa. Dener perguntou para o senhor o que ele trazia embaixo daquela jaqueta que causava volume, o mesmo abriu a jaqueta e levantou a blusa, demonstrando que não tinha nada. Percebeu que o senhor ficou descontrolado emocionalmente, pois na sequência ele tirou a jaqueta, blusa e boné, jogando no chão, dizendo que "não era ladrão", e pedia para as pessoas filmarem aquela cena; que tanto ele declarante como Dener não disseram algo ofensivo àquele senhor, muito menos algo relacionado à racismo, que os fatos foram ganhando proporção e outros funcionários se aproximaram. O gerente geral Geraldo se aproximou e tentou conversar com o senhor, mas este estava bem transtornado, alguns clientes passaram a insultá-los, porém seguindo as regras da empresa nada responderam ou houve qualquer bate-boca. Com relação ao desfecho da ocorrência, não sabe dizer muita coisa pois se afastou do local. Que o único erro cometido foi a abordagem sem ter recebido orientação do CPTV, pois esse é o procedimento padrão. Que para trabalhar, mesmo como terceirizado, no Grupo Assaí, realizou cursos em várias áreas, principalmente*

Acesso ao Sumário

em relação a normas antirracismo e homofobia. Que tem plena convicção que não ocorreu nenhum crime racial em relação a esse episódio.

Gledson Rogerio Carvalho Silva, vigilante patrimonial do mercado e ouvido somente na fase inquisitiva (fls. 22/23), disse que *fazia ronda na frente dos caixas, como de rotina, quando percebeu um senhor que já saía daquele perímetro e quando o viu, retornou para o interior da loja. Como este estava de casaco e aparentava ter um volume na altura da cintura, estranhou este fato e resolveu comunicar com o Reinaldo da prevenção, que trabalha operando as câmeras do sistema CFTV, tendo o mesmo me falado via rádio que não estava no setor e que ele declarante acionasse o Dener, da prevenção, e assim o fez. Informou ao Dener para que ele ficasse atento ao referido senhor. Também comunicou o ocorrido ao senhor João, pois ele entraria no "36" (iria fazer sua refeição" e posteriormente iria se ausentar da empresa, pois seu horário de trabalho se encerraria, e assim aconteceu. Somente no dia seguinte tomou ciência do ocorrido; gostaria de deixar consignado de que a empresa tem como norma que um cliente só pode ser abordado se o CPTV tiver algo de concreto para que essa abordagem seja realizada, obedecendo as determinações emanadas numa ordem de serviço, ou seja, essa abordagem deve ser feita de forma segura, inclusive para quem vai ser abordado, inclusive na presença de funcionários da prevenção, que todos os funcionários dessa área têm cursos específicos e técnicas para uma abordagem segura e tranquila.*

Reinaldo Aparecido Baldesin, funcionário do estabelecimento em que os fatos ocorreram, disse na fase policial (fls. 53) que *trabalha na rede de supermercado Assaí, loja de Limeira, como operador de loja pleno, na área de prevenção de perdas e uma das funções é auxiliar no monitoramento no interior da loja com apoio de vigilantes terceirizados da empresa G8; que com relação aos fatos objeto destes autos, por volta das 17:40 minutos saía para ir para o seu "36", (horário de janta), quando foi acionado pelo G8 Gladson informando que ele tinha visto um indivíduo andando no interior da loja com um volume na altura da cintura, o que levantava suspeitas, como já havia saído do CPTV pediu para Gladson que acionasse o operador de loja, também da área de prevenção de perdas, o Dener, para que ele observasse a referida pessoa e na sequencia foi para sua janta; algum tempo depois tomou ciência do episódio envolvendo o Dener; de pronto foi até o local, onde conversou com o gerente Geraldo e se inteirou dos fatos, porém o tumulto envolvendo o senhor e alguns clientes já havia sido encerrado, pelo que pode observar houve uma falha, pois a norma da empresa não permitiria abordagem, nos moldes em que ela ocorreu, pois seria necessário a confirmação do operador do CFTV para tal, ocorre que na sala, naquele momento, não tinha ninguém. Inquirido pela Autoridade Policial se ele declarante pode tecer algum comentário a respeito da pessoa de Dener, ou se acredita que este poderia ter cometido algum crime relacionado a*

Acesso ao Sumário

racismo, respondeu: " Eu o conheço há cerca de um ano meio, desde que ele entrou na empresa, sendo uma pessoa educada e super receptiva, inclusive ele foi promovido ao setor de prevenção de perdas face a seu comportamento tranquilo e educado, não acredito em hipótese alguma que ele tenha feito ou tecido algum comentário que posse gerar um crime de injúria racial ou racismo, a empresa tem inclusive um manual que orienta exatamente para que os colaboradores jamais tenham atitudes que possam caracterizar crimes dessa natureza"

Por fim, o **réu** em seu interrogatório realizado na fase policial (fl. 53), narrou que *que durante um ano e um mês trabalhou na rede de supermercados Assaí, loja de Limeira, durante nove meses exerceu o cargo de operador de loja até que surgiu uma vaga para o cargo de operador de loja pleno, prevenção de perdas, uma cargo mais elevado e com salário melhor, durante esse período participou de vários cursos a respeito de técnicas de abordagem e até o trato com os clientes, sendo sempre elogiado por seus superiores; Com relação aos fatos objeto deste procedimento esclareço que voltava do meu "36" (horário de janta) quando na frente dos caixas, fui acionado pelo colaborador "G8" (vigilante terceirizado) Gladson, o qual me informou que tinha visto um senhor em atitudes suspeitas e que ele havia falado com Reginaldo a respeito disso e o referido pediu que ele o procurasse para ficar de olho nesse cidadão, pois a princípio este teria um volume na altura da cintura, podendo ser um objeto furtado ou mesmo uma arma, na companhia de Gladson foram até o meio da loja, onde esse apontou quem seria o cidadão, que retornaram até a frente dos caixa, e Gladson disse "agora a responsabilidade é sua" (sic); que foi atrás do mesmo porém o perdeu de vista, isso em uma ronda, minutos depois, em função disso resolveu ficar na porta de entrada com outro colaborador da G8 aguardando a passagem daquela pessoa; Quando o avistou, e sabendo que não tinha uma pessoa no CPTV resolveu abordar aquele senhor, porém o fez de forma extremamente pacífica e seguindo conselho do "G8" João, se aproximaram do referido cidadão e disse "tem como o senhor me acompanhar até o canto?' (sic) e ele assim o fez parcialmente, parou, foi quando perguntou ao mesmo "o senhor tem alguma coisa na cintura?" (sic), até porque o volume que ele apresentava era desproporcional ao seu corpo, o senhor disse "você tem certeza que está fazendo isso comigo, eu sou trabalhador, não sou ladrão "(sic), em ato contínuo o mesmo levantou a blusa e começou a tirar a roupa e gritava "eu não sou ladrão" (sic), instigando o povo a filmá-lo, essa é a pura verdade dos fatos, não pediu que ele tirasse a roupa, não o constrangeu e jamais fez qualquer referência à cor de pele do mesmo, até porque sua cor de pele é semelhante à do mesmo, ainda no calor dos fatos perguntou ao senhor porquê ele estava fazendo aquilo; em função de tudo isso e da repercussão negativa que o caso teve, acabou sendo demitido, estando atualmente desempregado com uma filha "pra nascer" (sic); que não houve em nenhum momento qualquer tipo de*

Acesso ao Sumário

agressão verbal ou física para ser sincero, sequer encostou um dedo no corpo daquela cidadão.

Em juízo, negou o crime de racismo e que *jamais agiria desta forma porque é preto, vem de família preta e tem amigos pretos. Disse que lhe foi passado uma situação para acompanhamento, de forma que foi verificar e acompanhar até o cliente chegar à porta. Percebeu que tinha algo suspeito, e quando a vítima chegou até a porta do estabelecimento pediu para ele ir até o local do vidro na entrada loja, para ele levantar a camiseta, porém a vítima começou a gritar falando que não era ladrão e começou a tirar a roupa. Relatou que não sabia porque ele tirou a roupa, e ficou assustado com a situação. Que tinha ele e o vigilante João, que foi quem passou para abordar o Sr. Luiz. Que o Sr. João é branco. Afirmou que fez tudo de acordo com o procedimento e que em nenhum momento foi proferida palavra racista, e acrescentou que é casado com uma pessoa preta.*

Pois bem.

O artigo 20, caput, da Lei nº 7.716/89 tipifica a seguinte conduta:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

Na conhecida obra "Elogio da Serenidade", Norberto Bobbio apresenta parâmetros para a conclusão de que determinado discurso ou prática possui natureza discriminatória.

A primeira - juízo cognitivo de reconhecimento das diferenças - é a constatação da diversidade entre homem e homem, grupo e grupo, não havendo reprovabilidade nessa etapa, pois da constatação de que os homens são desiguais, ainda não decorre um juízo discriminante.

A segunda - juízo valorativo de hierarquização - pressupõe a admissão de superioridade de um grupo em relação a outro.

A terceira etapa consiste em juízo de exteriorização de supressão ou redução de direitos fundamentais daqueles tidos por inferiores no juízo valorativo.

O referido raciocínio encontra amparo no entendimento do C. STF:

(...) 5. O discurso discriminatório criminoso somente se materializa após ultrapassadas três etapas indispensáveis. Uma de caráter cognitivo, em que atestada a desigualdade entre grupos e/ou indivíduos; outra de viés valorativo, em que se assenta suposta relação de superioridade entre eles e, por fim; uma terceira, em que o agente, a partir das fases anteriores, supõe legítima a dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente que compreende inferior - Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 134.682, julgado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, da Relatoria do Eminente Ministro Edson Fachin, publicado em 29 de agosto de 2017.

Acesso ao Sumário

A partir dessas premissas, pode-se constatar que a discriminação tem relevância jurídica quando ocasiona (1) distinção de determinado grupo de pessoas unidos por traços em comum (2) com a finalidade de embaraçar ou impedir o uso ou gozo de direitos subjetivos fundamentais.

Conforme leciona Gabriel Habib[1], *na presente lei (7.716/89), o legislador pretendeu proteger a dignidade da pessoa humana, positivada como princípio e fundamento da República Federativa Brasileira no art. 15, III da CF/88, bem como o direito à igualdade, também erigido à categoria de princípio fundamental, garantia individual de toda e qualquer pessoa, independentemente de qualquer critério distintivo entre os seres humanos (art. 59, I da CF/88)*.

A conduta delituosa deve então deixar clara a intenção de, ao praticar discurso ou prática discriminatória, sinalizar a diferenciação e a superioridade, visando à dominação, repressão ou eliminação do grupo social tutelado pela norma.

Portanto, é imprescindível, além do dolo, o elemento subjetivo específico consistente na vontade de menosprezar ou discriminar uma raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, como um todo.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci ensina:

Elemento subjetivo específico implícito: defendemos, como se dá nos crimes contra a honra, a existência do elemento subjetivo do tipo específico implícito, consistente na vontade de discriminar, segregar, mostrar-se superior a outro ser humano, em todos os delitos previstos nesta Lei. Afasta-se o delito se houver outro ânimo, como, por exemplo, o de brincar (animus jocandi), fazer uma descrição ou uma crítica artística, entre outros fatores. Confira-se: "inegável que o racismo é uma prática torpe e imoral, que merece o repúdio de toda a sociedade, porque afronta os mais elevados valores da dignidade humana. Mas também é inegável que uma condenação, em tal hipótese, não pode permitir qualquer dúvida, subjetivismo ou resultar da imposição cega do chamado 'politicamente correto'. Se a constituição repudia o crime de racismo, retirando-lhe a prescrição e a fiança, também protege a livre manifestação de pensamento, afastando a censura. [...] - dos crimes de discriminação e preconceito, p. 335.

E a exigência do dolo específico de discriminar a vítima já foi destacada pelo C. STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DO ART. 20, § 2º, DA LEI 7.716/89. TIPO PENAL QUE EXIGE A PRESENÇA DE DOLO ESPECÍFICO. CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS PELA AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO ESPECÍFICO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. ***Para configuração do***

1 Habib, Gabriel - Leis Penais Especiais - Volume Único / Gabriel Habib - 13. ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo: JusPodivm, 2023 fl. 833.

Acesso ao Sumário

delito previsto no art. 20 da Lei Federal n. 7.716/89 exige-se, além do dolo, o elemento subjetivo específico consistente na vontade de discriminar a vítima. *2. As instâncias ordinárias, após minucioso exame do conjunto fático-probatório contido nos autos, concluiu que não restou demonstrado o dolo específico na conduta da agravada. Para desconstituir o aludido entendimento, seria necessário o reexame de provas, incidindo o óbice contido na Súmula n. 7/STJ. 3. Agravo regimental desprovido.* - AgRg no REsp 1817240-RS, Ministro Joel Ilan Paciornik, T5, J. 4.09.2019; DJe 7.09.2019.

(...) 3. Para que o Direito Penal atue eficazmente na coibição às mais diversas formas de discriminação e preconceito, importante que os operadores do Direito não se deixem influenciar apenas pelo discurso politicamente correto que a questão da discriminação racial hoje envolve, tampouco pelo nem sempre legítimo clamor social por igualdade. 4. Mostra-se de suma importância que, na busca pela efetividade do direito legalmente protegido, o julgador trate do tema do preconceito racial despido de qualquer pré-concepção ou de estigmas há muito arraigados em nossa sociedade, marcada por sua diversidade étnica e pluralidade social, de forma a não banalizar a violação de fundamento tão caro à humanidade e elencado por nossos constituintes como um dos pilares da República Federativa do Brasil: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). 5. ***Para a aplicação justa e equânime do tipo penal previsto no art. 20 da Lei n. 7.716/89, tem-se como imprescindível a presença do dolo específico na conduta do agente, que consiste na vontade livre e consciente de praticar, induzir ou incitar o preconceito ou discriminação racial.*** *6. O dolo, consistente na intenção de menosprezar ou discriminar a raça indígena como um todo, não se mostra configurado na hipótese, sequer eventualmente, na medida em que o conteúdo das manifestações do recorrente em programa televisivo revelam em verdade simples exteriorização da sua opinião acerca de conflitos que estavam ocorrendo em razão de disputa de terras entre indígenas pertencentes a comunidades específicas e colonos, e não ao povo indígena em sua integralidade, opinião que está amparada pela liberdade de manifestação, assegurada no art. 5º, IV, da Constituição Federal. 7. Ausente o elemento subjetivo do injusto, de ser reconhecida a ofensa ao art. 20, §2º, da Lei do Racismo, e absolvido o acusado, nos termos do art. 386, III, do CPP. 8. Recurso especial conhecido e provido parcialmente para, acolhendo a ofensa ao art. 20, § 2º, da Lei 7.716/89, com fundamento no art. 386, III, do CPP, absolver o recorrente.* - STJ, REsp 911.183/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2008, DJe 08/06/2009.

No caso dos autos, respeitado o entendimento do juízo de origem, entendo que não houve demonstração satisfatória da elementar exigida para a caracterização do delito em comento.

Conforme explicaram os funcionários, Luis Felipe Freitas Barreto, Carlos

Acesso ao Sumário

Antonio Mariano, Geraldo Cezino Vasconcelos, Fabiano da Silva Souza, João Venâncio de Paula Neto, Gledson Rogerio Carvalho Silva e Reinaldo Aparecido Baldesin, o procedimento determinado pela empresa é que, havendo um cliente suspeito, é necessário que haja a confirmação por parte do operador do serviço de monitoramento do local.

Nas exatas palavras de Geraldo Cezino Vasconcelos, gerente da loja, *a abordagem e revista pessoal não faz parte do procedimento, que qualquer abordagem teria que ser verificada pelo sistema de segurança para ter a certeza absoluta com o controle de monitoramento, com a realização fora da loja.*

Ou seja, a abordagem direta ao "suspeito" é medida excepcional que somente deve ser adotada após a reunião de mais elementos de convicção.

No dia dos fatos, o vigilante Gledson Rogerio Carvalho fazia ronda na frente dos caixas *quando percebeu um senhor que já saía daquele perímetro* e que quando o viu, retornou para o interior da loja. Segundo Gledson, *como este estava de casaco e aparentava ter um volume na altura da cintura, estranhou este fato e resolveu comunicar com o Reinaldo da prevenção, que trabalhava operando as câmeras do sistema CFTV.*

Reinaldo informou a Gledson que estava jantando e pediu para que ele comunicasse o ocorrido para Dener, ora réu, o que foi feito. Gledson ainda comunicou João Venâncio de Paula Neto, também vigilante do mercado e, na sequência, informou que iria jantar pois seu expediente já tinha sido encerrado.

A suspeita de Gledson foi confirmada por Reinaldo em solo policial:

(...) com relação aos fatos objeto destes autos, por volta das 17:40 minutos saía para ir para o seu "36", (horário de janta), quando foi acionado pelo G8 Gladson informando que ele tinha visto um indivíduo andando no interior da loja com um volume na altura da cintura, o que levantava suspeitas, como já havia saído do CPTV pediu para Gladson que acionasse o operador de loja, também da área de prevenção de perdas, o Dener, para que ele observasse a referida pessoa e na sequencia foi para sua janta;

Diante disso, Dener e João Vicente permaneceram na porta de entrada da loja aguardando a passagem da vítima, momento em que, nas palavras exatas de João Vicente, *Dener se aproximou do mesmo de forma educada e pediu para o senhor que o acompanhasse até próximo a entrada dos sanitários para conversar e assim foi feito, inclusive, o declarante acompanhou esta conversa.*

Dener então *perguntou para o senhor o que ele trazia embaixo daquela jaqueta que causava volume, sendo que a vítima abriu a jaqueta e levantou a blusa, demonstrando que não tinha nada.*

Na sequência, *percebeu que o senhor ficou descontrolado emocionalmente, pois ele tirou a jaqueta, blusa e boné, jogando no chão, dizendo que "não era ladrão".*

Ressaltou ainda que *tanto ele declarante quanto Dener não disseram*

Acesso ao Sumário

algo ofensivo ao senhor, muito menos algo relacionado a racismo.

A versão de João é semelhante com o que disse o réu, senão veja-se:

(...) Quando o avistou, e sabendo que não tinha uma pessoa no CPTV resolveu abordar aquele senhor, porém o fez de forma extremamente pacífica e seguindo conselho do "G8" João, se aproximaram do referido cidadão e disse "tem como o senhor me acompanhar até o canto?' (sic) e ele assim o fez parcialmente, parou, foi quando perguntou ao mesmo "o senhor tem alguma coisa na cintura?" (sic), até porque o volume que ele apresentava era desproporcional ao seu corpo, o senhor disse "você tem certeza que está fazendo isso comigo, eu sou trabalhador, não sou ladrão "(sic), em ato contínuo o mesmo levantou a blusa e começou a tirar a roupa e gritava "eu não sou ladrão" (sic) , instigando o povo a filmá-lo, essa é apura verdade dos fatos, não pediu que ele tirasse a roupa, não o constrangeu e jamais fez qualquer referência à cor de pele do mesmo, até porque sua cor de pele é semelhante à do mesmo, ainda no calor dos fatos perguntou ao senhor porquê ele estava fazendo aquilo.

A própria vítima, inclusive, mencionou em solo policial o que Dener disse no momento da abordagem: *dá para o senhor encostar ali, por favor, pois você deve estar com alguma coisa pois sua blusa está volumosa.*

E quando questionado pela autoridade policial e pelo juízo se em algum momento percebeu que a abordagem tinha sido motivada por sua cor de pele, o ofendido respondeu negativamente:

(...) inquirido pela autoridade policial se em algum momento ele percebeu que essa abordagem foi relacionada a sua cor de pele, se houve alguma ofensa que possa ter caracterizado alguma espécie de racismo, respondeu: "Não. Não me ative a esses detalhes".

(...) Recorda-se do Dener, que era um segurança moreno e alto, e que ele não falou nada em relação a cor quando da abordagem ou fez qualquer menção, tendo ficado sem falar nada. Perguntado se no momento da abordagem notou algo de cunho racista, disse que quando da abordagem a verificação poderia ser feita no local, e encerrado a questão, mas eles levaram-no para o canto pra ver se tinha algo ou não. Perguntado se a abordagem ocorrera porque seria preto, disse que acredita que não, mas na sua cabeça ficou isso, isto é, que na hora achou que não, mas foi passando o tempo e refletiu, pois tudo demorou demais, aí poderia ser racismo.

Acesso ao Sumário

Além disso, não houve determinação por parte de Dener ou qualquer funcionário do mercado para que a vítima ficasse seminua. Dener inclusive destacou em solo policial que *não houve em nenhum momento qualquer tipo de agressão verbal ou física para ser sincero, sequer encostou um dedo no corpo daquele cidadão.*

Aliás, a própria vítima admitiu que interpretou o silêncio de Dener e João como desconfiança e, abalada emocionalmente, resolveu tomar tal atitude:

(...) desabotoei a blusa e mostrei que não tinha nada, neste momento percebi que um olhou para a cara do outro. Interpretou aquele gesto como se eles estivessem ainda desconfiando de sua atitude, foi neste momento que tirou a blusa de frio e levantou a camiseta, mais uma vez demonstrando que não tinha nada; nesse exato momento passava um cliente e já sob efeito emocional abalado, pediu para aquela mulher que filmasse o que estava acontecendo, não sei ao certo se ela conseguiu filmar, pois nesse lapso temporal chegaram mais funcionários do supermercado e encobriram a visão daquela senhora e outras pessoas, pelo o que pude perceber, também começaram a gravar. Tirou a blusa e a camiseta, jogando-as no chão. Ali, na sua concepção, estava claro que não havia pego nada no mercado, foi quando resolveu, devido seu estado emocional, baixar as calças, ficando apenas de cueca;

Ou seja, a prova coligida nos autos demonstra que a intenção do réu não foi a de praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito.

Insisto. Não houve o dolo subjetivo específico consistente na vontade de menosprezar ou discriminar uma raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, como um todo. Na verdade, o que de fato ocorreu foi um desrespeito ao procedimento estabelecido pela empresa. Dener recebeu um informe de Gladson de que haveria um suspeito no local por conta do volume existente em sua roupa e, ao invés de aguardar o retorno de algum funcionário do sistema de monitoramento para que pudesse confirmar a suspeita, acabou por decidir realizar a abordagem (de forma educada) em conjunto com João, o que, de acordo com o regramento da empresa, deveria ser medida adotada somente em último caso.

Esta conclusão foi a mesma de Carlos Antonio Mariano, Geraldo Cezino Vasconcelos, João Venâncio de Paula Neto e Reinaldo Aparecido Baldesin:

Carlos - (...) *Na minha concepção, o seu único erro foi na abordagem, pois ele agiu por conta própria, pois existe na empresa algumas regras que devem ser seguidas, principalmente antes da abordagem.*

Geraldo - (...) *o que seria regra é que o Dener fizesse um acompanhamento à distância e solicitasse ao CFTV que fizesse um acompanhamento através de monitoramento, mas acreditando que não deveria ter funcionários da CFTV naquele momento, o mesmo por conta própria resolveu monitorar o indivíduo citado por Gladson no interior do mercado. Ocorre que em determinado momento aquele senhor citado por Gladson caminhava em direção à saída, mas por algo desconhecido, o mesmo resolveu retornar, o que chamou mais atenção de Dener. Passado alguns minutos, quando o senhor saía, Dener e João Venâncio (terceirizado), resolveram por conta própria abordar aquele senhor, desrespeitando todas as regras da empresa, pois os funcionários são treinados para que fatos dessa natureza só devem acontecer quando o CFTV tiver algo de concreto para uma abordagem dentro dos padrões que a empresa adota. Infelizmente Dener não respeitou isso e o tumulto acabou se generalizando;*

Acesso ao Sumário

João - (...) *Que o único erro cometido foi a abordagem sem ter recebido orientação do CPTV, pois esse é o procedimento padrão.*

Reinaldo - (...) *pelo que pode observar houve uma falha, pois a norma da empresa não permitiria abordagem, nos moldes em que ela ocorreu, pois seria necessário a confirmação do operador do CFTV para tal, ocorre que na sala, naquele momento, não tinha ninguém.*

Não havendo, portanto, a intenção preconceituosa atribuída ao acusado, impõe-se sua absolvição, pela atipicidade de sua conduta decorrente da ausência do elemento subjetivo do tipo.

Ante o exposto, REJEITO A PRELIMINAR e, no mérito, DOU PROVIMENTO ao recurso defensivo para absolver o réu Denner Augusto Cirineu da imputação referente ao crime previsto no art. 20, caput, da Lei n. 7716/89, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500039-65.2021.8.26.0428, da Comarca de Paulínia, em que é apelante MAICON RENAN COIMBRA PINHEIRO, 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 25.662)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente) e AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 26 de março de 2024.

MARCELO SEMER, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. Estelionato. Art. 171, do Código Penal. Sentença que julga procedente a ação penal, condenando o réu à pena de 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão, no regime semiaberto, além de 12 dias-multa. Manutenção. Materialidade e autoria demonstradas, restando comprovado que o réu Maicon induziu a empresa vítima em erro, por meio de artifício fraudulento. Documentos e testemunhos que demonstram que o réu Maicon fraudou cadastros na empresa, em nome de "laranjas", com o intuito de adquirir produtos e não pagar por eles. Testemunha que

flagrou réu recebendo uma das entregas em fraude. Condenação mantida. Pena bem aplicada. Exasperação de 1/6 na primeira fase, diante das consequências do crime, com prejuízo patrimonial elevado e mais 1/6 na segunda fase, diante da reincidência, ficando a pena definitivamente fixada em 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão, além de 12 dias-multa. Fixação do regime inicial semiaberto, ante a quantidade de pena e a reincidência. Inviável a substituição da pena privativa por restritivas de direitos, por não recomendável, diante da magnitude do golpe efetuado pelo réu. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo réu Maicon Renan Coimbra Pinheiro contra a r. sentença que julgou procedente a ação penal que lhe imputa o crime de estelionato, apenando-o em 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, além de 12 dias-multa.

Recorre o réu Maicon (fls. 322/328) afirmando, em suma, que: (i) não houve comprovação da materialidade e da autoria do delito; (ii) as testemunhas não tiveram qualquer contato com o acusado e os elementos de prova produzidos são superficiais, sem respaldo técnico, baseando-se em suposições; (iii) não é crível que o apelante, após ter sido desligado da empresa vítima, tenha conseguido acessar seu sistema interno, tendo em conta se tratar de empresa com atuação internacional, com sistema de tecnologia de informação provavelmente bastante seguro; (iv) não ficou comprovado por meio de perícia que o apelante alterou de forma fraudulenta o comprovante de endereço; (v) não consta ter havido qualquer entrega no endereço onde o acusado possui suas atividades comerciais; (vi) o apelante deve ser absolvido com base no princípio in dubio pro reo.

Houve contrarrazões do Ministério Público (fls. 338/341), além de parecer da PGJ, pelo desprovimento do recurso (fls. 347/361).

É O RELATÓRIO.

Trata-se de apelação em que se discute, em suma, se deve o réu ser absolvido das acusações, por falta de prova de materialidade e autoria delitivas.

É dos autos que, no período de 01.11.2018 a 02.01.2020, na cidade de Paulínia, o réu Maicon teria obtido vantagem ilícita, em prejuízo da empresa Ambev S/A, induzindo e mantendo em erro representantes da empresa, mediante artifício e ardil. Conforme apurado em investigação policial, o réu Maicon trabalhou na empresa vítima como vendedor, até novembro de 2018. Após o seu desligamento, conhecendo o sistema operacional da empresa, efetuou cadastro

Acesso ao Sumário

de pontos de venda falsos, em nome de "laranjas", acessando limites de crédito e prazos de pagamento, adquirindo fraudulentamente bebidas e não efetuando o pagamento, causando prejuízo estimado por volta de R$ 65.000,00.

Por já ter trabalhado na empresa, o réu tinha conhecimento de que, após uma primeira compra em dinheiro, o cliente adquire a possibilidade de pagar por meio de boleto nas compras seguintes, com vencimento dois dias após o recebimento da mercadoria. O réu Maicon, então, comprou bebidas em nome dos "laranjas" Ademir Mateus e Francisco Rodrigues Dias, juntando comprovantes de endereço falsos, alterando os nomes em uma mesma conta de luz, de modo que as mercadorias fossem entregues em seu endereço, na Rua Sebastião Moraes Barros, n.ºs 81 e 161, Parque Bom Retiro, em Paulínia/SP.

A fraude foi notada por funcionários da empresa, que perceberam que o mesmo endereço era utilizado para diferentes pontos de venda em que constavam entregas sem pagamento. Em alguns casos, mudava-se o endereço, mas o número do medidor e código de barra eram da mesma conta de luz, a indicar que a mesma conta foi utilizada com a troca apenas dos nomes e endereços dos beneficiários.

Em 02.01.2020, o gerenciador de risco da empresa recebeu informação de que dois caminhões iriam fazer entrega de bebidas, avaliadas em R$ 25.000,00 cada, no endereço do denunciado, mas em nome de Francisco Rodrigues. No local, constataram que não havia comércio, apenas a residência de Maicon, que recebeu as mercadorias.

Desse modo, a investigação policial concluiu que o réu Maicon utilizou-se de artifício, modificando os nomes na conta de luz de titularidade de seu pai, para que as mercadorias fossem entregues em seu endereço residencial, não efetuando o pagamento e obtendo vantagem ilícita da empresa. Utilizou-se, ainda, de ardil, ao entrar em contato telefônico com a empresa, fazendo-se passar pelo cliente Ademir, para alterar a forma de pagamento para boleto, juntando comprovante de endereço falso.

A materialidade do crime se encontra demonstrada pelos documentos de fls. 10/61, 67/89 e 103/113 - documentos não impugnados pelas partes -, além da prova oral produzida em juízo (fls. 271/273 e 287/289).

A autoria do réu Maicon também ficou demonstrada, tendo ele sido fotografado recebendo as mercadorias em seu endereço residencial (fls. 20/23) e por meio da prova oral produzida em juízo (fls. 271/273 e 287/289).

A testemunha Matheus, em juízo e no que interessa, disse que trabalhou na empresa vítima, a Ambev, e sabe que o acusado era vendedor na empresa. Sabe dos fatos por terceiros. Não chegou a conhecer o acusado, pois entrou na empresa depois que ele foi demitido. Como trabalha na função de limite de crédito e de prazos de clientes, identifica cadastros inadimplentes e seu supervisor Gustavo já o avisou sobre o réu Maicon e sobre os golpes que praticava.

Acesso ao Sumário

Com o passar do tempo, identificaram o comprovante de endereço falsificado em um dos cadastros e, depois disso, acharam outros cadastros com nomes de "laranjas", com mesmo medidor de luz e código de barras, só mudando o endereço de entrega. O analista de risco à época tomou a frente das investigações, acompanhando algumas entregas até constatar que era o acusado quem recebia as mercadorias. É fácil abrir cadastro na empresa e estima que o prejuízo com os golpes do acusado foi de mais de R$ 70.000,00. Acredita que o acusado tenha aberto comércio de bebidas. Todas as vendas foram feitas no mesmo endereço, com os mesmos comprovantes, mudando somente o número das casas (fls. 271/273 e 287/289).

A testemunha Gabriel Campos, em juízo e no que importa, disse que era gerente financeiro da empresa e começou a identificar golpes e entregas sendo efetuadas sem o pagamento de boletos. A empresa começou a notar que os cadastros eram feitos de um mesmo local, com o mesmo endereço, mas com nomes diferentes. Estima em R$ 200.000,00 o prejuízo da empresa. Era o responsável por "travar" os cadastros de possíveis golpes e chegou a receber áudios e ligações do acusado pedindo o desbloqueio do cadastro (fls. 271/273 e 287/289).

A testemunha Gabriel Renan, em juízo e no que interessa, disse que é ex-funcionário da empresa. Afirmou que sabia que o acusado teria aberto uma adega e que vendia para ele. Se falavam mais ao telefone e sabe que ele ficou inadimplente algumas vezes. Por diversas vezes o acusado colocou o depoente em situação difícil na empresa, pelo fato de enganar o sistema, alterando valores para obter mais lucros em suas vendas. Disse já ter ouvido conversas no sentido de que o acusado teria dado desfalque na empresa (fls. 271/273 e 287/289).

A testemunha Ademir, em juízo e no que interessa, disse ser sócio do acusado. Afirmou que, quando a mercadoria é solicitada da Ambev, o pagamento é feito à vista ou por boleto e que adquire produtos da empresa com habitualidade, vendendo aproximadamente R$ 40 mil em mercadorias por semana. Afirmou ter cadastros com outras empresas, como Coca-Cola e Império (fls. 271/273 e 287/289).

A testemunha Francisco, em juízo e no que interessa, disse que era analista da Ambev à época dos fatos. Afirmou que certa vez, a gerente financeira Aline o instruiu a acompanhar duas entregas com suspeita de fraude, para entregar em endereço em Paulínia. Foi ao local e se tratava de dois endereços, um em uma residência e outro em uma casa em construção. Quando o caminhão chegou, avistaram o réu Maicon recebendo a entrega. Ele parava os caminhões na rua e migrava alguns produtos do caminhão para o seu próprio carro e de lá fazia as entregas. Na época, questionaram o acusado sobre isso e ele disse que eram clientes que não podiam receber no horário. O acusado chegou a reconhecer o carro em que o depoente estava como sendo da empresa e os ameaçou, dizendo que "na próxima não iam sair da rua com facilidade" (fls. 271/273 e 287/289).

Acesso ao Sumário

As testemunhas de defesa Altair e Messias não sabiam nada sobre os fatos, somente tratando de testemunho de idoneidade (fls. 271/273 e 287/289).

Interrogado em juízo, o réu Maicon disse, no que interessa, que sofreu acidente de carro quando trabalhava na Ambev e, após isso passou a ser perseguido dentro da empresa. Foi mandado embora e, depois disso, abriu uma empresa com mais dois ex-funcionários da Ambev. Faz 3 anos que trabalham no mesmo lugar, sendo conhecidos por toda a vizinhança. Tudo que foi comprado da Ambev foi pago. Em relação a outros cadastros, em nome de outras pessoas, não tem conhecimento. Que usa somente o cadastro em nome de seu sócio, Ademir Matheus. Não tem mais contato com seu ex-sócio Francisco. Sobre o endereço utilizado para fazer os cadastros, disse que os documentos foram entregues para os vendedores, que abriram os cadastros. Não sabe quem poderia ter fraudado os comprovantes de endereço para prejudicá-lo. Não tem nada contra Francisco, mas não época ele teria pressionado e coagido o interrogando (fls. 271/273 e 287/289).

Apesar da negativa do réu em juízo, os documentos juntados aos autos e o relato das testemunhas são suficientes à sua condenação pelo crime de estelionato, mormente tendo sido flagrado recebendo mercadorias em nome de outras pessoas, em seu endereço residencial, a partir de cadastro fraudado junto à empresa.

Assim, restou demonstrado que o réu Maicon obteve para si vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo a empresa vítima em erro, mediante artifício fraudulento (art. 171, do CP), consistente em fraudar cadastros no sistema da empresa, em nome de "laranjas", comprando produtos na empresa sem adimpli-los, resultando em prejuízo de ao menos R$ 65.000,00.

Assim, era mesmo o caso de condenação do réu Maicon pelo crime de estelionato.

A pena foi bem aplicada, merecendo ser mantida integralmente.

Na primeira fase, foi exasperada em 1/6 diante das circunstâncias do crime, com elevado prejuízo patrimonial, ficando **em 1 ano e 2 meses de reclusão, além de 11 dias-multa.**

Na segunda fase, presente a agravante da reincidência, a pena foi elevada em mais 1/6, ficando **em 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão, além de 12 dias-multa**, que ficou definitivamente fixada, ausentes causas de aumento ou de diminuição na terceira fase.

Ante a quantidade de pena e a reincidência, era mesmo o caso de fixação do **regime inicial semiaberto** de cumprimento de pena.

Entendo, com a sentença, não ser recomendável a substituição da pena privativa por restritivas de direitos, pois, apesar da reincidência não ser específica, as circunstâncias do crime, de golpe de elevada magnitude (prejuízo de ao menos R$ 65 mil, mas que pode ter chegado a R$ 200 mil, de acordo com uma

Acesso ao Sumário

das testemunhas) indicam que a substituição não é suficiente.

Assim, fica mantida integralmente a r. sentença.

O réu respondeu solto ao processo e assim deve ser mantido até o trânsito em julgado, ausente fato superveniente a ensejar a necessidade de prisão preventiva.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0005623-64.2015.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e L. K. C., é apelado R. K. E. N..

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM A PRELIMINAR e, no mérito, DERAM PROVIMENTO aos apelos para anular o veredito dos jurados e determinar a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n. 31.525)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente sem voto), SÉRGIO MAZINA MARTINS e NOGUEIRA NASCIMENTO.

São Paulo, 9 de abril de 2024.

AMABLE LOPEZ SOTO, Relator

Ementa: Apelação. Tribunal do Júri. Imputação de homicídio duplamente qualificado. Hipótese em que os jurados entenderam que o réu praticou homicídio culposo, na modalidade negligência, por ter deixado a vítima sozinha enquanto estava no banho, ocasião em que ela teria se acidentado. Recursos do Ministério Público e da Assistente de Acusação objetivando a anulação do julgamento, ou por contradição na votação dos quesitos ou por veredito manifestamente contrário à evidência dos autos. Procedência da tese de mérito.

Preliminar de nulidade afastada. Os jurados, nesta ordem, responderam afirmativamente aos quesitos que lhes indagava acerca da materialidade, da autoria e da possibilidade de absolver o réu. Alegam os

Acesso ao Sumário

recorrentes que o quesito que indagava acerca da possibilidade de desclassificação para homicídio culposo deveria ser formalizado e respondido antes do quesito da absolvição, não depois, como visto no caso concreto. Sem razão. Primeiro, porque a insurgência sequer consta da Ata, a demonstrar que nenhuma dúvida houve quando da votação, quer pelas partes, quer pelos jurados. E, segundo, porque a tese de absolvição da Defesa era principal, logo haveria se ser respondida prioritariamente. Houvessem os jurados respondido afirmativamente a quaisquer dos quesitos anteriores ao da desclassificação, automaticamente se encerraria a votação, vez que absolvido estaria o acusado. Ordem de votação que, no caso concreto, está respaldada pelo § 4º, do artigo 483, do CPP. Preliminar rejeitada.

Mérito. A Terceira Seção do C. STJ pacificou o entendimento segundo o qual "as decisões proferidas pelo conselho de sentença não são irrecorríveis ou imutáveis, podendo o Tribunal ad quem, nos termos do art. 593, III, d, do CPP, quando verificar a existência de decisão manifestamente contrária às provas dos autos, cassar a decisão proferida, uma única vez, determinando a realização de novo julgamento, sendo vedada, todavia, a análise do mérito da demanda" (HC n. 313.251/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 27/3/2018). No caso concreto, verifica-se que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos. isso porque concluíram que a morte da vítima se deu em decorrência de conduta meramente negligente do réu consistente em mantê-la assistindo televisão e se afastar para tomar banho com duração entre 10 e 15 minutos. Trata-se de versão que se divorcia do contingente probatório porque dela decorre a necessária compreensão de que a vítima, de apenas quatro anos, provocou, senão todas, seguramente as mais graves das diversas lesões encontradas pela perícia oficial, além de ela própria ter também se asfixiado com uma sacola plástica, tudo isso no mero lapso de tempo inferior a dez ou quinze minutos, vale frisar, sem produzir qualquer som ou grito com força para

Acesso ao Sumário

chamar a atenção do réu, que tomava banho com a porta aberta. Considerando que, no dia dos fatos, o réu foi buscar a vítima na escola sem autorização da genitora, com quem ela residia depois da separação do casal, considerando a gama de lesões suportadas pela infante, dentre elas perfuração em um dos tímpanos, e considerando os depoimentos dos peritos que vieram aos autos a respaldar o teor da perícia oficial, assoma a conclusão de que a versão acusatória é a que mais se ajusta ao caso, versão segundo a qual, o acusado agrediu e asfixiou a própria filha, levando-a a óbito.

Apelo, rejeitada a preliminar, provido no mérito para anular o veredito e determinar a realização de novo Júri.

VOTO

R. K. E. N. foi condenado pelo Primeiro Tribunal do Júri da Capital à pena de 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, por infração no artigo 121, § 3º, do Código Penal, tendo sido declarada extinta a sua punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal, além de ter sido absolvido, por falta de provas, no que toca ao crime estabelecido no artigo 347, parágrafo único, do mesmo diploma (fls. 3908/3913).

Tanto o Ministério Público como a Assistência de Acusação recorreram. Arguiram, preliminarmente, a nulidade do julgamento em Plenário por contradição na votação dos quesitos, haja vista a resposta afirmativa para os quesitos da materialidade e da autoria e, na sequência, também afirmativa para a desclassificação. No mérito, pleiteiam a anulação do julgamento, uma vez que a decisão do Júri teria sido manifestamente contrária à prova dos autos (fls. 3935/3995 e 4006/4043).

Oferecidas as contrarrazões (fls. 4173/4264 e 4265/4283), a d. Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento dos recursos (fls. 4298/4312).

É o relatório.

1. O acusado foi condenado porque, no dia 02 de dezembro de 2015, entre 19h22 e 19h45, na Avenida ..., nº ..., apto. ..., na cidade e comarca de São Paulo, teria praticado homicídio culposo, por negligência, em face de sua filha, *S. K. E. N.*, de quatro anos de idade.

Segundo a denúncia - e imputa ao réu delitos dolosos -, no dia dos fatos, o apelante pediu à mãe da vítima, *L. K. C.*, com a qual não convivia mais, que o autorizasse a buscar a filha na escola. Ele, então, buscou a menina, por volta das 16h30, e a levou para sua casa.

Acesso ao Sumário

Pouco depois das 19h22, por motivos não apurados, o acusado, segundo a denúncia, teria agredido violentamente a criança, desferindo-lhe golpes com agente contundente, fato que lhe ocasionou equimoses pelo corpo. Em meio a tais agressões, o acusado teria dado um forte tapa, com a mão aberta, na orelha esquerda da ofendida, o qual provocou a rotura da membrana timpânica, além de *"concussão cerebral bilateral, com predomínio frontal e temporal esquerdo"* (fl. 252). E, ainda, constatou-se, na região temporal esquerda, *"hematoma sub aracnóideo, infiltrado sobre o sulco cerebral com edema e vasodilatação adjacente", "compatível [com] ação vulnerante de agente contundente associado ao trauma em ouvido esquerdo com presença de otorragia"* (fl. 252).

Prossegue a exordial relatando que, com a criança já ferida, teria o acusado decidido matá-la. Para tanto, a teria sufocado, bloqueando sua boca e nariz de modo a impossibilitá-la de respirar e, assim, levá-la à morte.

Depois de consumado o homicídio, o réu teria decidido simular que a morte ocorrera por acidente. Assim, ele estancara o sangramento que escorria da orelha esquerda de S., com papel higiênico, o que criara um coágulo na região do "*1/3 médio do conduto auditivo esquerdo*" (fl. 252). O acusado ainda limpou o sangue da vítima. Por fim, antes de ligar para o *SAMU*, colocou uma sacola plástica na cabeça da filha, a fim de simular que ela teria, sozinha e por acidente, se asfixiado.

Realizada a primeira Sessão Plenária, o acusado foi condenado à pena de 24 (vinte e quatro) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicial fechado, por infração no artigo 121, § 2º, incisos I e IV do Código Penal, e à pena de 06 (seis) meses de detenção, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no piso, por infração ao artigo 347, parágrafo único, na forma do artigo 69, ambos do Código Penal.

Posteriormente, contudo, esta e. 12ª Câmara Criminal acolheu a nulidade de contradição dos quesitos dos jurados, afastando as demais, e anulou o julgamento em Plenário, com determinação de que outro fosse realizado.

E, nesta segunda Sessão Plenária, os jurados, ao decidirem o mérito da demanda, entenderam que a hipótese exigia a desclassificação da imputação para o crime de homicídio culposo, o que ensejou a interposição dos recursos que se passa a analisar.

Acesso ao Sumário

2. Inicialmente, afasto a preliminar relativa à alegada contradição na votação dos quesitos pelos jurados, por ausência de qualquer nulidade - a qual, aliás, sequer foi consignada em Ata no momento oportuno.

Os quesitos e a votação se deram de maneira absolutamente válida. Os quesitos formulados são os seguintes:

> 1.1. No dia 02/12/2015, entre as 19h22min e 19h54min, na Avenida ..., nº ..., apto ..., Bairro ..., nesta cidade e Comarca, a vítima S. K. C. N. sofreu os ferimentos descritos no laudo de exame necroscópico de fls. 357/371,

os quais foram a causa eficiente de sua morte?

1.2. O acusado foi o autor das agressões mencionadas no item anterior?

1.3. O jurado absolve o acusado?

1.4. O acusado agiu com culpa, na modalidade negligência, eis que deixou a criança sozinha no quarto sem a devida fiscalização?

Para os quesitos acima, os jurados apresentaram as seguintes respostas:

1.1 º quesito: 4 votos sim, 2 votos não

1.2 º quesito: 4 votos sim, 2 votos não

1.3 º quesito: 3 voto(s) sim, 4 voto(s) não

1.4 º quesito: 4 votos sim, 3 votos não

Diante da resposta ao último quesito, desclassificando a conduta para crime não incluído na competência do Júri, o Magistrado presidente considerou os demais quesitos prejudicados, encerrou a votação e sentenciou o feito.

Inicialmente, por expressa disposição do Código de Processo Penal, os jurados foram indagados acerca da materialidade e, em seguida, da autoria. Por fim, foram indagados se absolviam o réu. Na sequência, foram indagados se desclassificavam a conduta.

Quanto à materialidade, a resposta afirmativa busca, tão somente, assentar a existência da morte da vítima, atestada pelo laudo necroscópico, o que foi reconhecido pelo Conselho de Sentença.

No que se refere à autoria, ainda que possa ter havido alguma infelicidade do Magistrado na redação do quesito - a qual, repise-se, não foi questionada por nenhuma das partes no momento processual adequado -, especialmente ao mencionar o termo "agressões", fato é que este quesito busca, em suma, determinar se o réu foi o responsável pelos fatos a ele atribuídos. A resposta novamente foi afirmativa.

A essa altura, é importante destacar que, para que fosse possível até mesmo a apresentação do quesito desclassificatório aos jurados, era imprescindível a resposta afirmativa aos dois quesitos iniciais. Caso contrário, os jurados estariam absolvendo o acusado, seja por ausência de materialidade, seja por negativa de autoria - consequência expressamente prevista no § 1º, do artigo 483, do Código de Processo Penal. Nenhuma irregularidade ocorrida, portanto.

No que se refere ao quesito da absolvição genérica, foi corretamente estabelecido antes daquele referente à desclassificação. Isso porque a tese defensiva principal era justamente a absolutória, tese que, como tal, deve ter preferência. Caso acolhida a tese de absolvição, a tese de desclassificação restaria automaticamente prejudicada.

Uma vez afastada a absolvição, foi acertadamente apresentado aos jurados a tese de desclassificação, que acabou por ser acolhida. Tudo de acordo com a norma processual. Veja-se que o § 4º, do artigo 483, do Código de Processo Penal, é expresso ao estabelecer que "*sustentada a desclassificação da infração*

Acesso ao Sumário

para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito a respeito, para ser respondido após o 2º (segundo) ou 3º (terceiro) quesito, ***conforme o caso***" - destaquei. Não há, portanto, norma obrigando a que se formule o quesito da desclassificação antes do quesito obrigatório que indaga se o Júri absolve o réu. O que há é recomendação para que o quesito atinente à desclassificação seja inserido na ordem de votação "*conforme o caso*", isto é, segundo as peculiaridades do caso concreto. No caso, pelas razões acima explicitadas, o quesito da desclassificação foi incluído adequadamente após o quesito obrigatório da absolvição.

Os autos evidenciam que os jurados entenderam, após a instrução probatória, que, na realidade, ocorreu um homicídio culposo e, por conta disso, votaram afirmativamente no que toca a este quesito. Meros detalhes na redação dos quesitos não têm o condão tornar inválida a votação, a qual se deu sem qualquer irregularidade e sem impugnação das partes presentes ao ato.

Afastada a preliminar, passo a analisar o mérito.

3. A materialidade foi devidamente demonstrada por meio do laudo necroscópico de fls. 357/371.

Na sequência apresento os elementos de prova oral coligidos aos autos.

A mãe da vítima, L. K. C., na fase administrativa, relatou ter percebido que o acusado nutria sentimentos de rejeição pela criança ainda durante a gravidez, sendo que ele sugeriu, inclusive, a colocação para adoção. Acrescentou que, com o passar do tempo, R. passou a exibir comportamentos agressivos. Disse que, no dia dos fatos, autorizou o réu a buscar a filha na escola. Foi informada por volta das 20h15, pela companheira do apelante, que teria ocorrido um acidente e que S. estava desacordada. Quando chegou à residência de R., ele estava com cara de choro e um olhar vazio, tendo recebido a notícia de que sua filha já estava morta (fls. 24/26).

Em juízo, relatou que sua gravidez foi conturbada e que eles, a princípio, pensaram em não ter a criança, sendo que chegou a tomar um remédio abortivo que não produziu efeitos. Disse que, após o nascimento de S., R. mudou-se para sua casa e passou a demonstrar afeto por ela. Ao término do relacionamento, o acusado demonstrava comportamento agressivo. Asseverou que a vítima não tinha problemas no ouvido e que ela estava bem de saúde. S. dizia gostar do pai, sendo que ela nunca reclamou ou apresentou sinais de agressão. Afirmou que o réu estava com parcelas atrasadas do acordo extrajudicial de pensão alimentícia. Disse ter sido informada pelo telefone que S. teria se asfixiado, razão pela qual se dirigiu, com seu pai, até a casa do apelante, mas, quando lá chegou, sua filha já tinha falecido (fls. 984/1041).

Perante os jurados, confirmou a existência de desentendimentos no início da gravidez e, inclusive, a tentativa de abortamento. Disse que o réu era atencioso e carinhoso com a vítima e nunca havia demonstrado descontrole com ela. A

Acesso ao Sumário

partir do final de 2012, eles passaram a ter dificuldades como casal e o acusado ficou mais agressivo, até que se separaram em dezembro de 2013. Consignou que não havia uma pensão estabelecida e que o apelante ajudava de maneira inconstante, o que causava vários problemas entre eles. Nos meses anteriores à morte da vítima, procurou uma advogada para tentar chegar a um acordo extrajudicial sobre alimentos para S.. Na data da assinatura do acordo, o réu não compareceu. A criança apresentava comportamento normal após voltar da casa do pai. No dia dos fatos, o réu pediu para pegar a filha na escola, mas a testemunha respondeu que apenas permitiria caso ele pagasse o que devia. Como ele não realizou o pagamento, foi com seu genitor até a escola buscar a vítima, mas o acusado já a tinha pegado. Ligou para o réu, que pediu para ficar com a filha por pelo menos uma hora, com o que concordou, mas pediu para que não a levasse tarde para casa. Ficou sabendo da morte da filha após ter recebido chamadas em seu celular do réu e sua namorada da época. O réu parecia estar chorando e I., sua namorada, assumiu a ligação, relatando que havia acontecido um acidente e que S. estava desacordada, pedindo que fosse para lá imediatamente. Quando chegou, viu o réu na calçada, perguntou da filha e ele apontou para o prédio. Disse que subiu e tomou conhecimento sobre o óbito. Não conversou com o réu naquela noite e tampouco posteriormente sobre o que de fato teria ocorrido. A namorada do acusado falou que, segundo o réu, S. teria colocado um saco na cabeça e se asfixiado. I. afirmou ter feito manobras de socorro. Afirmou que no dia da morte, a única lesão de S. era uma queimadura de sol no nariz. Questionada, respondeu que sua filha não tinha comportamentos perigosos, como descer escadas sozinha ou colocar sacolas na cabeça (audiovisual).

A Delegada de Polícia A. P. A. G. R., na primeira fase do procedimento judicial, declarou que, no local dos fatos, encontrou o corpo da criança caído no chão e diversos pedaços de papel higiênico espalhados, sujos de sangue e, alguns, embebidos em água. Disse que o local estava preservado e que estranhou o fato de a criança estar apenas com o lado esquerdo da cabeça molhado. Asseverou que os peritos entenderam que, possivelmente, a morte não ocorrera em função de asfixia, por não haver obstrução de oxigênio. Acrescentou ter acompanhado o exame necroscópico e que os médicos legistas lhe forneceram diversos apontamentos demonstrando que não houve asfixia acidental, mas sim um homicídio, já que as lesões encontradas não eram compatíveis com sufocamento por sacola plástica (fls. 1081/1100).

Na fase seguinte, a Delegada A. reiterou seu depoimento anterior. Acrescentou que a sacola não era daquelas de mercado, mas grossa, a qual não grudaria no nariz da vítima. Disse ter feito a oitiva do réu, que prestou informações que não faziam sentido e não conseguiu esclarecer os fatos. Ele disse que não tirou o saco da cabeça da filha imediatamente porque a imagem não era bonita, apenas levantando-o até a altura de seu nariz. Acompanhou a necropsia junto a

Acesso ao Sumário

uma equipe multidisciplinar. Consignou que o réu primeiro ligou para o pai, depois para a namorada e, somente então, telefonou para o SAMU. Disse que pela análise de mensagens de texto pode-se concluir que não havia ninguém com o acusado no momento dos fatos. Diante dos elementos que constatou ao chegar no local, já tinha uma linha de investigação (audiovisual).

O médico legista N. B. C. de F., em Plenário, declarou que a vítima apresentava diversas lesões. Foram realizados diversos exames no corpo da criança. Existiam equimoses amareladas, arroxeadas e violáceas, estas que caracterizam lesões recentes. Disse que a membrana timpânica esquerda rompeu-se por ação de um agente contundente, havia também lesão no cérebro e lesões que indicam asfixia. A ofendida teve um trauma cerebral. Consignou que a criança morreu de asfixia. Indagado, respondeu que uma eventual queda da cama não causaria tais lesões na vítima, mas um tapa de um adulto é possível. A asfixia não tem relação com a lesão de apenas um ouvido. Aduziu que a vítima possuía lesões odontológicas que reforçam a ocorrência de asfixia. Asseverou não haver dúvidas de que a ofendida morreu por asfixia. Indagado, respondeu não ser possível confundir equimose com livor, sendo que a criança possuía lesões da primeira espécie, as quais ocorrem em vida. Afirmou que asfixia não promove as lesões constatadas. A conclusão da perícia foi a de que houve a interposição de algo entre o meio externo e a boca da ofendida, impedindo que esta respirasse. Impossível que uma queda da cama causasse todas as equimoses violáceas constatadas na criança. Não conhecia o réu antes dos fatos. Disse que asfixia por confinamento ocorre quando a vítima fica privada de oxigênio, em um lugar totalmente fechado. Disse que a sacola plástica não ensejaria a asfixia da criança da maneira como foi e tampouco as lesões internas na mucosa bucal. Afirmou não poder afirmar que houve espancamento da criança. Indagado, confirmou já ter dito em uma palestra que sua função também era a de "prender bandido", uma vez que é policial (audiovisual).

A testemunha de acusação U. O. F., perito criminal, no sumário da culpa, informou ter realizado perícia ortodôntica na vítima e interpretado que suas lesões eram compatíveis com dinâmica sufocadora, apresentando-se com sentido da esquerda para a direita e direção de baixo para cima, compatíveis, ainda, com pressão e arraste, não com situação de sufocação causada apenas por uma sacola plástica, pois o saco plástico faz um tipo de pressão que não gera alteração (fls. 1111/1121).

Em Plenário, reafirmou seu depoimento anterior. Destacou que as lesões foram provocadas dentro da boca, não tendo sido provenientes do meio externo, como seria em caso de quedas (audiovisual).

A médica legista A. E. V., diante do Conselho de Sentença, afirmou ter participado do laudo e que, sem dúvidas, houve sufocação direta por obstrução das vias aéreas da vítima. A ofendida possuía diversas lesões traumáticas exter-

Acesso ao Sumário

nas e recentes, as quais foram produzidas em vida. Essas equimoses nada têm a ver com livor. Se a vítima tivesse se asfixiado com sacola plástica, ela não apresentaria estas lesões. Negou que a ofendida tivesse lesão na calota craniana. A lesão causada ao ovário de S. poderia, em tese, ser causado por uma queda. Indagada, respondeu entender que asfixia não pode causar rompimento da membrana timpânica (audiovisual).

I. S. M., namorada do acusado, na delegacia, mencionou acreditar que tudo isto foi uma fatalidade, aduzindo que seria possível a vítima colocar um saco em sua própria cabeça (fls. 32/33).

Durante o Plenário, disse que se relacionou com o acusado por cerca de oito anos, mas não estão mais juntos. À época dos fatos, morava com sua irmã e o réu. Disse ter ficado sabendo dos fatos enquanto se encaminhava a um restaurante, quando recebeu uma ligação do apelado pedindo que fosse para casa. Ao chegar, viu o acusado de costas e a vítima deitada no chão. Tirou R. e assumiu os procedimentos de ressuscitação. Não sabe o que ele estava fazendo, mas ele chorava enquanto conversava por telefone com o SAMU, aparentemente em estado de choque. O réu lhe contou que havia ido tomar banho e, quando voltou, o acidente já tinha ocorrido. Descreve R. como uma pessoa introspectiva, que não externalizava seus problemas. Ele nunca foi violento e costumava ser bastante racional, além de animado. S. visitava a casa deles e o relacionamento entre ela e o pai era normal. O acusado não tinha dificuldades no trato com a criança, que ficava bem com ele. Afirmou que R. sempre foi um pai cuidadoso e presente. Confirmou que em uma oportunidade S. externou que gostaria de morar com o réu. Na Delegacia, um dos policiais foi bem agressivo, além de que, na hora de assinar seu depoimento, havia coisas que não tinha falado. Durante o interrogatório de R., estava aguardando no corredor e ouviu diversos gritos dos policiais. O réu não tinha dormido ou comido e continuava em estado de choque. Disse que, à época dos fatos, haviam acabado de se mudar e ainda estavam organizando as coisas no apartamento. Nunca viu R. fazer nada contra a filha. Indagada, respondeu que tanto ela como o réu tinham conhecimentos básicos sobre primeiros-socorros. Confirmou que, à época dos fatos, estava sendo discutida a pensão alimentícia entre os genitores. Algum tempo antes do ocorrido, teve suspeita de gravidez, a qual não se confirmou (audiovisual).

P. S. C., arrolado pela Defesa, na segunda fase judicial, afirmou conhecer o réu do grupo de escoteiros há cerca de 14 anos. Não presenciou os fatos, mas foi ao local pouco depois. Relatou que o acusado era chefe de uma das divisões do grupo de escoteiros. Disse que R. possuía muita empatia e paciência com os jovens. Nunca presenciou nenhum ato de violência ou nervosismo por parte do réu. Afirmou ter recebido a notícia de um acidente na casa do réu, junto a um pedido de comparecer ao local. Compareceu ao velório e ao enterro, ocasião em que R. encontrava-se em estado de choque. Os conhecimentos em pri-

Acesso ao Sumário

meiros-socorros de escoteiros são básicos, não incluindo reanimação cardíaca. Confirmou ter ouvido o réu contando a um policial que havia visto a filha com um saco na cabeça e a colocado na cama (audiovisual).

J. E. G. P., arrolado pela Defesa, perante o Conselho de Sentença, afirmou ser membro do escotismo, de onde conhece R., desde 2012. Ele era um jovem bastante atuante, com crianças e adolescentes entre 11 a 15 anos. Não tem lembrança de situações de violência ou agressividade por parte do réu. A L. era de outro grupo de escoteiros. Tomou conhecimento dos fatos por meio de uma ligação de um amigo, também escoteiro. Não conversou com R. sobre o que teria ocorrido naquela noite. Indagado, respondeu que o réu se enquadra em todos os valores dos escoteiros, sendo que sempre teve muito destaque e liderança dentre o grupo. Tem um filho de idade similar à da vítima, sendo que costumava deixá-lo com o acusado, sem nunca ter se preocupado por isso (audiovisual).

Z. M. V. da C., arrolada pela Defesa, relatou conhecer R. do movimento de escoteiros, sendo que seus filhos são amigos dele, também do grupo de escotismo. Conhece o acusado desde 2012. Esteve no local na noite do ocorrido, mas não chegou a falar com o réu. Ficou sabendo dos fatos por telefonema de um amigo. Presenciou a chegada da imprensa, havendo comentários no local de que a própria polícia havia comunicado os repórteres sobre o ocorrido. A Delegada chegou de maneira bastante impositiva e falando alto, além de ter isolado o acusado e o afastado dos amigos. Com a sua chegada, o clima mudou bastante, sendo que, até então, tudo estava tranquilo. Quando conheceu o réu, ficou admirada de como ele tratava a filha, de maneira muito atenciosa e cuidadosa.

Considerou absurdo o modo como a imprensa lidou com o caso e como retratavam o acusado (audiovisual).

J. C. G. M., arrolada pela Defesa, amiga do réu do movimento de escoteiros, afirmou em Plenário ter ficado sabendo dos fatos por meio de uma ligação de Ivan, amigo em comum dela e do R.. Nunca viu o acusado alterado ou agressivo. Não chegou a conhecer S.. Foi ao local dos fatos consolar o acusado e não perguntou nada sobre o que havia ocorrido. Disse que o carro da *Rede Record* parou na avenida e, simultânea e inesperadamente, uma pessoa desconhecida de todos passou a gritar com o pai de R.. Foram obrigados a ficar isolados de R. e de I.. Afirmou que o réu deixava de ir em diversos eventos para cuidar da filha nos finais de semana que ficava com ela. R. era especial no movimento de escoteiros, pois sempre estava disponível para ajudar os outros. Ele ocupava o cargo de diretor-jovem e também foi eleito para um cargo relacionado ao meio-ambiente no "CONJUVE". Na sua acepção, a repercussão midiática foi baseada em notícias falsas, que não combinavam com o réu. Questionada, respondeu que há treinamentos em primeiros-socorros, o que se dava de maneira teórica e por meio de bonecos. A continuação desse treinamento depende do grupo de escoteiros. Nesse treinamento, aprende-se a fazer apoio para braços

Acesso ao Sumário

quebrados, macas improvisadas, torniquetes e manobras de parada cardíaca. O que é ensinado em cada treinamento varia de grupo para grupo. Não era do mesmo grupo de R. e não tem certeza se ele tinha conhecimento em primeiros-socorros (audiovisual).

O acusado, na Delegacia de Polícia, optou por permanecer em silêncio (fls. 577/578).

No sumário da culpa, negou a acusação. Disse ter deixado a filha assistindo desenho enquanto tomava banho, com a porta aberta. Após o banho, que durou entre 10 e 15 minutos, chamou pela criança, que não respondeu. Encontrou-a no quarto, caída no chão, de barriga para cima, com uma sacola enganchada embaixo do queixo e o corpo com posição incompatível com uma simples queda. Aduziu ter retirado a sacola e feito massagem cardíaca e respiração em S., mas ela não reagiu. Consignou que ligou para seu pai, para I. e, finalmente, para o SAMU, realizando as orientações sobre os primeiros socorros. Não soube informar a causa da perfuração da membrana timpânica. Afirmou que escorria sangue do nariz e da boca da vítima, o qual limpou com papel higiênico na tentativa de desobstruir as vias aéreas. Asseverou acreditar que as lesões na boca da vítima decorreram da força empregada na respiração boca a boca em virtude do nervosismo da situação (fls. 1329/1373).

Perante os jurados, o réu reiterou seu depoimento anterior, afirmando que, ao sair do banho, avistou sua filha no chão do quarto. Ficou desesperado e foi até ela, que estava caída de barriga para cima, com uma sacola na cabeça. Pegou-a no colo e a pôs na cama. Tirou a sacola e viu sangue do lado esquerdo do rosto da ofendida, saindo junto a vômito de sua boca. Não soube o que fazer nesse momento. Ligou para I. e para seu pai, mas só chorava e não conseguia falar. Quando ele entendeu que era grave, mandou que ligasse para o SAMU, o que fez em seguida. O funcionário do SAMU orientou o que deveria ser feito, no caso, colocá-la no chão, limpar a boca e iniciar a massagem. Limpava a boca da filha com papel higiênico. Deixou a sacola da testa para cima, por não ter visto necessidade de tirar tudo. Disse que L. engravidou muito cedo e a tentativa de aborto se deu em comum acordo entre eles. Comentou com ela sobre a possibilidade de entregar para a adoção, mas ela não quis, e, posteriormente, ela disse sobre a chance de adoção por alguém da família dela. Não se recorda de ter quebrado celulares. Asseverou que acordaram sobre visitas, não regulando especificamente sobre pensão, o que vinha sendo conversado. Seu pai tinha um ótimo relacionamento com a neta. Indagado, respondeu que, no escotismo, não há obrigação de aprender primeiros-socorros, mas é possível. Viu o treinamento uma vez, em um curso teórico de como proceder em algumas situações. Não se recorda de ter feito manobras em bonecos. No dia dos fatos, não percebeu nada de diferente na condição de saúde da filha, quando pegou ela na escola. Consignou que seu banho durou cerca de 10 a 15 minutos e a porta do banhei-

Acesso ao Sumário

ro ficou aberta. Não escutou nenhum barulho. Sempre tinha um rolo de papel higiênico do lado da cama. Não se recorda do que fez com os papeis que usou para limpar o sangue da filha e tampouco de que lado estava molhada a cabeça dela. Seu interrogatório extrajudicial foi gravado. Não quis ficar muito tempo perto do caixão e não se recorda se ele estava aberto. A pesquisa sobre venenos que matam pessoas que estava em seu computador dizia respeito a informações que passaria aos jovens do acampamento. Confirmou que sua filha estava caída de uma maneira "não natural", "toda torta", e, quando a olhou, achou que estava morta. Asseverou ter feito a massagem cardíaca, tal como orientado pelo atendente do SAMU. No velório, a mãe de S. não o acusava de nada, inclusive o levou até o caixão quando chegou. Disse que a Delegada gritava muito nas perguntas a ele e a I.. Indagado, negou ter matado S.. Afirmou que mantinha a porta da casa trancada e que S. sabia como abrir maçanetas retas (audiovisual).

3.1 Sendo estas as provas produzidas, conclui-se que o recurso do *Parquet* e da Assistente de Acusação, no mérito, comportam provimento.

3.2 antes de prosseguir, urge tecer algumas considerações acerca da possibilidade de se anular veredito do Júri.

O Tribunal do Júri, competente para julgar crimes dolosos contra a vida e delitos conexos, tem suas decisões escudadas pelo princípio da soberania dos veredictos. Tal não significa que suas decisões sejam imutáveis ou até mesmo irrecorríveis.

A possibilidade de se recorrer de decisões do Júri - sejam absolutórias, sejam condenatórias - está prevista no artigo 593, inciso III, alínea "d", do Código de Processo Penal, condicionada eventual anulação do veredito à verificação de que se afigura manifestamente contrário à prova dos autos. No § 3º do precitado comando legal, cuidou o legislador de estabelecer que ao tribunal de apelação, contudo, não cabe se substituir aos jurados, pois, transcrevo, "*se a apelação se fundar no no III, d, deste artigo, e o tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação*".

Nesta linha, a Terceira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento segundo o qual "*as decisões proferidas pelo conselho de sentença não são irrecorríveis ou imutáveis, podendo o Tribunal ad quem, nos termos do art. 593, III, d, do CPP, quando verificar a existência de decisão manifestamente contrária às provas dos autos, cassar a decisão proferida, uma única vez, determinando a realização de novo julgamento, sendo vedada, todavia, a análise do mérito da demanda*" (HC n. 313.251/RJ, Terceira Seção, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 27/3/2018).

Conforme leciona Guilherme de Souza Nucci, ao tratar da possibilidade de se anular veredito do Júri: "*O ideal é anular o julgamento, em juízo resci-*

sório, determinando a realização de outro, quando efetivamente o Conselho de Sentença equivocou-se, adotando tese integralmente incompatível com as provas dos autos (...). Consideramos que a cautela, na anulação das decisões do júri, deve ser redobrada, para não transformar o tribunal togado na real instância de julgamento dos crimes dolosos contra vida" (in Código de Processo Penal Comentado, Revista dos Tribunais, 18ª ed., 2019, p. 1393).

Nesta seara, não cabe avaliar se os jurados decidiram bem ou mal, mas apenas se seu veredicto encontra amparo nos elementos de prova produzidos nos autos.

3.3 Prosseguindo, é corrente e antigo o entendimento segundo o qual, apoiando-se os jurados em uma das versões existentes nos autos, deve a decisão ser preservada. O C. Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "*não se caracteriza como manifestamente contrária à prova dos autos a decisão que, optando por uma das versões trazidas aos autos,* ***não se encontra inteiramente divorciada da prova existente no processo****. Precedentes*" (REsp. 779.518/MT, 5ª Turma, Relator Gilson Dipp, j. 17.08.2006). Trata-se de colocação que, para ser admitida, exige que a versão pela qual optaram os jurados encontre respaldo nas provas produzidas.

No caso, há duas versões, porém uma delas, justamente a do réu, divorcia-se completamente das provas produzidas nos autos.

Na versão do réu, deixou ele a filha em seu quarto, assistindo desenho - apenas os dois ocupavam o ambiente -, foi tomar banho e, menos de dez ou quinze minutos depois, quando retornou, a criança já havia se acidentado, estava caída ao solo com uma sacola plástica na cabeça. Tentou socorrê-la por meios próprios e, depois, com a ajuda de profissionais do SAMU e de pessoas de seu entorno, para quem telefonou. Em vão. Não há testemunha presencial. Sua namorada, I., disse acreditar que tudo não passou de fatalidade. P. C., J. P., Z. da C. e J. M., amigos do réu, deram boas notas sobre sua conduta pregressa, destacando sua atuação em grupo de escoteiros e, no geral, confirmando o que ele próprio disse, isto é, que tinha conhecimento em primeiros socorros.

Em suma, **decorre da versão do réu** que a própria vítima se lesionou em várias partes do corpo, interna e externamente, e se asfixiou com uma sacola plástica, tudo isso em espaço de tempo inferior a dez ou quinze minutos **e sem produzir qualquer barulho ou grito que lhe chamasse a atenção enquanto, com a porta aberta, tomava banho**.

Neste ponto, bom mencionar que o perito contratado pela Defesa, N. M., depois de conhecer detalhes do caso, cogitou que a morte da vítima pode ter decorrido de possibilidades outras, dentre elas a acidental sugerida pelo réu. Todavia, o próprio perito não excluiu a possibilidade encerrada na imputação lançada pelo órgão acusatório, o que fica bem claro no seguinte trecho de seu depoimento judicial (fls. 1547/1548: MP = Ministério Público; D = Depoente):

Acesso ao Sumário

M.P.: Sim, porque veja só, eu posso afirmar que do ponto de vista abstrato há inúmeras possibilidades para essa lesão, não é isso?
D.: Inclusive, essa que foi interpretada.
M.P.: Mas essa que está afirmada na denúncia é compatível?
D.: Não é exclusiva.
M.P.: Mas é compatível?
D.: Não é exclusiva, mas é compatível.
M.P.: Os achados da necropsia são compatíveis com essa foto da agressão?
D.: São idênticos, um caso e outro, ah, sim, são, há a possibilidade.
M.P.: Inclusive... inclusive, com a concussão cerebral bilateral?
D.: Eu, particularmente, acho que é pouca força para essa concussão.
M.P.: Mas se for um belo de um "tapão" com a mão aberta, um homem adulto dando um "tapão" em um ouvido de uma criança de quatro anos, assim, é possível provocar uma concussão cerebral?
D.: É possível, é possível.

Na versão da Acusação, o acusado agrediu e asfixiou a própria filha e, depois disso, simulou que a morte se dera por acidente. Esta é a versão que mais se amolda ao contingente probatório.

Lembre-se que a criança, de apenas quatro anos de idade, estava na escola e, inicialmente contra a vontade da genitora com quem a infante residia depois da separação do casal (L. K. C. confirma este episódio), o réu foi buscá-la e a levou para seu imóvel de residência.

Eis que, **ao cabo do interregno inferior a 10 ou 15 minutos**, informado pelo próprio réu, a criança de apenas quatro anos de idade, que até então não tinha demonstrado nenhum comportamento autodestrutivo, que se encontrava hígida e que não apresentava qualquer ferimento, morreu e, conforme laudos elaborados pela perícia oficial do Instituto Médico Legal (fls. 357/371 e 374/409), seu corpo se encontrava acometido do seguinte quadro de lesões externas e internas:

"Alterações externas de interesse médico legal:
1- Cianose labial e extremidades.
2- Congestão ocular (esclera) bilateral.
3- Ferimentos punctórios em região supraclavicular direita, região de prega anterior do cotovelo esquerdo, região de prega anterior do cotovelo direito, compatíveis com os procedimentos de socorros realizados.
4- Presença de coágulo em região do 1/3 médio do conduto auditivo esquerdo, impedindo a visualização da membrana timpânica, que ao ser removido, foi observado hemorragia com perfuração timpânica à otoscopia.
5- petéquias hemorrágicas em conjuntiva ocular bilateral.
(...)
Os achados necroscópicos (petéquias hemorrágicas em conjuntiva ocular, cia-

Acesso ao Sumário

nose de extremidades, congestão poli visceral, Manchas de Tardieu, sangue escuro e fluido, secreção espumosa e rósea observada em traqueia e brônquios) são compatíveis com quadro de processo asfixico, que neste caso foi causado por asfixia por sufocação direta."

Mas não é só. Há muito mais a considerar:

6 – Equimoses

6.1 Violáceas:

- região zigomática esquerda estendendo-se à região malar esquerda (5,0cmx6,0cm)
- região de asa nasal direita (0,3x0,2)
- região temporal esquerda (2,0x2,0)
- região interescapular superior na linha média (2,0x2,5cm)
- região clavicular esquerda (3,5x3,0cm)
- região de face superior do ombro direito (1,5cmx1,0cm)
- região cervical lateral esquerda (2,0x1,0cm)
- região dosrsal de falange proximal de terceiro quirodáctilo direto (1,0x0,7)
- região dorsal da articulação metacarpo-falangiana de terceiro quirodáctilo esquerdo (0,5x1,0cm0
- região lateral do punho esquerdo (1,5x1,5cm)
- região lateral de punho direito (0,5x0,5cm)
- região do cotovelo direito (3,0x3,0cm)
- região de fossa ilíaca esquerda (1,7x1,3cm)
- região lombar esquerda (5,5x5,0cm)
- região de glúteo esquerdo (2,5x0,8cm)
- região lateral do joelho direito (1,2x2,0cm)
- região anterior do joelho direito (3,0x1,0)
- região de calcâneo direito (2,0x1,5cm)
- região de calcâneo esquerdo (1,5x1,2cm)
- região de maléolo lateral esquerdo (1,5x2,0cm)
- região medial de coxa esquerda (11,0x6,0cm)

6.2 – amarelo-esverdeadas:

- em região posterior da perna direito terço médio (1,5x1,0)
- em terço proximal (1,0x1,0cm e 0,5x0,5cm)

6.3 – amareladas:

- em região anterior da perna direita terço superior (2,5x2,5cm e 1,0x0,5cm)
- em região lateral do joelho direito (2,5x2,5cm)
- região posterior da perna direito (1,0x1,0cm)

6.4 – Equimose violácea associada à edema traumático

- região de dorso nasal, que se estende à região infraorbitária esquerda (3,5x1,0cm)
- região de pavilhão auricular esquerdo em hélix (2,0x2,5)

6.5 – Equimose arroxeada

- região lombossacra (6,0x2,5cm0
- região posterior do braço direito (3,5x1,0cm)

Alterações internas de interesse médico legal:

Procedi o exame interno do cadáver, com a abertura das cavidades através dos métodos habituais deste Instituto.

Acesso ao Sumário

a) No segmento cefálico foram observados:

- Hematoma subgaleal em região occipital na linha média
- Hemorragia subaracnóidea infiltrando em tecido cerebral
- Em região temporal esquerda, há presença de hematoma sub aracnóideo, infiltrando sobre o sulco cerebral com edema e vasodilatação adjacente,
- Cérebro com lesões que são compatíveis com concussão cerebral bilateral, com predomínio frontal e temporal esquerdo,
- Apagamento de sulcos cerebral,
- Edema cerebral difuso e importante.

Observação: não foram constatadas fraturas em segmento cefálico.

b) No tórax e abdome foram observadas:

- infiltrado hemorrágico em planos musculares em região supraclavicular direita (compatível com os procedimentos de urgência no atendimento realizado);
- pulmões armados, congestos, edemaciados, com presença de petéquias em superfície pulmonar bilateralmente (Manchas de Tardieu), com volumoso conteúdo espumoso e róseo em brônquios bilateralmente;
- coração com presença de petéquias em superfície cardíaca (Manchas de Tardieu) e congestão de vasos epicárdios;
- congestão hepática, esplênica e renal;
- estômago com conteúdo parcialmente digerido, pastoso, de coloração castanha clara e grânulos de arroz não digeridos;
- presença de hematoma localizado, em região periovariana esquerda.
- útero tópico e atrófico.
- bexiga sem conteúdo vesical
- sangue escuro e fluído

Observação: constatados arcos costais e esterno íntegros, ausência de lesões em reto.

c) Na região cervical:

foram observados:

-hióide íntegro,

- esôfago sem conteúdo,
- traquéia com presença de somente um grânulo sólido médio e conteúdo róseo e espumoso em terço distal

(...)

Em região do Cérebro destacamos ainda que as lesões descritas são compatíveis com concussão cerebral bilateral, com predomínio frontal e temporal esquerdo.

Foi observado durante o exame necroscópico em região temporal esquerda, a presença de hematoma sub aracnóideo, infiltrando sobre o sulco cerebral com edema e vasodilatação adjacente, sendo compatível ação vulnerante de agente contundente associado ao trauma em ouvido esquerdo com presença de otorragia.

A partir dos achados necroscópicos acima colacionados, os peritos apresentaram diversas conclusões, dentre as quais aquela que considerou algumas das lesões compatíveis com procedimento realizado para tentativa de reanimação. Todavia, notadamente no que toca ao universo das lesões graves, sobretudo a asfixia apta a causar a morte, as conclusões consoam com a tese acusatória. Confira-se:

Acesso ao Sumário

"As equimoses violáceas, o edema traumático e dorso nasal, as lesões odontológicas e o trauma em ouvido esquerdo, observados externamente, são consideradas lesões vitais e recentes, produzidas por ação vulnerante de agente contundente.

Os ferimentos punctórios em pregas anteriores de cotovelos e o infiltrado hemorrágico supraclavicular direito, são compatíveis com procedimentos realizados em tentativa de reanimação cardiorrespiratória.

As lesões em face tais como equimoses em dorso nasal, asa nasal direita e lesões bucais descritas em parecer odontológico, descrevem mecanismo de pressão e arraste de musculatura facial, da esquerda para a direita, de baixo para cima, resultando oclusão total dos orifícios respiratórios produzindo o processo de asfixia por sufocação direta.

No caso em tela, a *'Equimose violácea associada à edema traumático em região de dorso nasal, que se estende à região infraorbitária esquerda (3,5x1,0cm)'* não é compatível de ter sido produzida somente por saco plástico em região de face como instrumento causador destas lesões, pois estas foram produzidas por ação de agente contundente.

Conclui-se portanto que a morte ocorreu pelo bloqueio da boca e nariz causando a asfixia pela interposição entre os orifícios respiratórios naturais (boca e nariz) e o meio externo impossibilitando a entrada de ar nas vias respiratórias, onde podemos afirmar, fundamentado em parecer odontológico, que as lesões em cavidade oral foram causadas por mecanismo de pressão e arraste de musculatura (agente contundente) da esquerda para a direita, de baixo para cima, resultando oclusão total dos orifícios respiratórios produzindo o processo de asfixia por sufocação externa direta".

Como visto dos depoimentos acima transcritos, os peritos vieram aos autos e reafirmaram as conclusões dos laudos elaborados. O médico legista N. F. destacou que a membrana timpânica esquerda se rompeu por ação de um agente contundente e que havia também lesão no cérebro e lesões que indicam asfixia. Indagado, respondeu que uma eventual queda da cama não causaria tais lesões na vítima, mas que um tapa de um adulto seria possível. Asseverou que a asfixia não tem relação com a lesão de apenas um ouvido. A conclusão da perícia foi a de que houve a interposição de algo entre o meio externo e a boca da ofendida, impedindo que ela respirasse. Afirmou ser impossível que uma queda da cama causasse todas as equimoses violáceas constatadas na criança e que a sacola plástica não ensejaria a asfixia da maneira como se viu neste caso, tampouco causaria lesões internas na mucosa bucal.

No que importa às lesões internas na mucosa bucal, o perito criminal U. F., responsável pela perícia ortodôntica, nas oportunidades em que ouvido disse que eram compatíveis com dinâmica sufocadora, apresentando-se com sentido

Acesso ao Sumário

da esquerda para a direita e direção de baixo para cima, compatíveis, ainda, com pressão e arraste, não com situação de sufocação causada apenas por uma sacola plástica, pois o saco plástico faz um tipo de pressão que não gera alteração.

Por sua vez, a médica legista A. V., diante do Conselho de Sentença, afirmou ter participado do laudo e que, sem dúvidas, houve sufocação direta por obstrução das vias aéreas da vítima. Pontuou que a ofendida possuía diversas lesões traumáticas externas e recentes, as quais foram produzidas em vida. Asseverou que as equimoses nada tinham a ver com livor e que, se a vítima tivesse se asfixiado com sacola plástica, não apresentaria estas lesões. Indagada, respondeu entender que asfixia não poderia causar rompimento da membrana timpânica.

A Delegada de Polícia A. P. R. depôs nos autos e externou que, ao cabo das investigações, a conclusão possível quanto ao que de fato aconteceu descarta a possibilidade de que o réu foi o autor das lesões na vítima e da asfixia que a levou a óbito.

3.4 Tudo considerado, sempre com a devida vênia de entendimento em sentido contrário - e aqui vale registrar o teor das competentes contrarrazões recursais, que analisou e valorou os argumentos da Acusação em minúcias -, assoma a conclusão de que a versão defensória, acatada pelos jurados, divorcia-se do contingente probatório porque dela decorre a necessária compreensão, implausível, de que a vítima provocou, senão todas, seguramente as mais graves das diversas lesões acima referidas e se asfixiou com uma sacola plástica, tudo isso no mero lapso de tempo inferior a dez ou quinze minutos e, repita-se, sem produzir qualquer som ou grito com força para chamar a atenção do réu que, ele próprio o alega, tomava banho ao lado com a porta do banheiro aberta.

Nesse contexto, afigura-se manifestamente contrário à evidência dos autos o veredito dos jurados, o sentido de que "*o acusado agiu com culpa, na modalidade negligência, eis que deixou a criança sozinha no quarto sem a devida fiscalização*".

Impõe-se, por isso, a anulação do julgamento, com determinação de que outro seja realizado.

4. Do exposto, **REJEITO A PRELIMINAR** e, no mérito, **DOU PROVIMENTO** aos apelos para anular o veredito dos jurados e determinar a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Criminal nº 1513462-69.2018.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante/apelado G. H. N. S., é apelado/apelante M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitadas as questões preliminares, negaram provimento ao apelo ajuizado em prol de G.H.N.S., e deram parcial provimento ao ministerial, para que, mantida no mais, por seus fundamentos, a sentença, cumpra ele a pena final de 16 (dezesseis) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime prisional inicial fechado, por incurso nas sanções do artigo 217-A, c.c. o artigo 226, II, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.938)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAURICIO VALALA (Presidente) e JUSCELINO BATISTA.

São Paulo, 7 de março de 2024.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: APELAÇÕES CRIMINAIS - RECURSO MINISTERIAL PRETENDENDO RECONHECIMENTO DO CONCURSO MATERIAL, A TEOR DO ART. 69, DO CP., OU, SUBSIDIARIAMENTE, ADOÇÃO DE FRAÇÃO DE AUMENTO MAIOR EM CASO DE MANTENÇA DO RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA.
RECURSO DEFENSIVO PLEITEANDO A ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVA A INCRIMINAR O IMPUTADO, E POR AUSÊNCIA DE DOCUMENTO DEMONSTRATIVO DOS "SUPOSTOS ABUSOS SOFRIDOS PELA OFENDIDA", E AINDA PELA ILEGALIDADE DA ESCUTA ESPECIALIZADA PROMOVIDA SEM A PARTICIPAÇÃO DO PATRONO, NÃO INTIMADO PARA TAL. PRETENSÃO, AINDA, DE RECEPÇÃO DE NULIDADES PONTUADAS "EM SEDE DE DEFESA, ALEGAÇÕES FINAIS E AGORA NESTE APELO" E "DO DEPOIMENTO DADO "ÀS FLS. 261/267"; CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA QUE A PSICÓLOGA TRAGA AOS AUTOS OS EXAMES QUE APLICOU E QUE A FIZERAM CONCLUIR PELA EXISTÊNCIA DO DELITO; A CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA.
CONDENAÇÃO ESTRIBADA NOS TERMOS DOS ARTS. 217-A E 226, II, NA FORMA DO ART. 71, DO CP.

Acesso ao Sumário

PLEITOS DEFENSIVOS ATINENTES A ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA ESCUTA ESPECIALIZADA, COMO OCORRIDA, E DE CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, QUE SÃO RECEBIDOS COMO QUESTÕES PRELIMINARES, E INDEFERIDOS, POR AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL.

NO MÉRITO, SITUAÇÃO A ENSEJAR O DESPROVIMENTO DO APELO DA DEFESA, E O PROVIMENTO PARCIAL DO MINISTERIAL, PARA FIXAÇÃO DA REPRIMENDA EM 16 ANOS, 09 MESES E 18 DIAS DE RECLUSÃO, CONSERVADO O REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO.

Rejeitadas as questões preliminares arguidas, no mérito, recurso defensivo desprovido e ministerial parcialmente provido, com determinação.

VOTO

1 - Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público e pela Defesa de G.H.N.S., que foi condenado ao cumprimento de pena corporal de dezesseis anos e quatro meses de reclusão, em regime prisional inicial fechado, por infração aos ditames do artigo 217-A, c.c. o artigo 226, II, na forma do artigo 71, todos do Código Penal (fls. 576/580).

Aduz a doutora Promotora de Justiça que a sentença deve ser reformada, para que seja reconhecido o concurso material de crimes, nos moldes do artigo 69, do CP, ou, subsidiariamente, seja adotada fração de aumento superior em caso de manutenção da continuidade delitiva (fls. 589/596).

Apela, também, a Defensoria do réu, pleiteando sua absolvição, por insuficiência de prova a incriminá-lo, argumentando que a sentença condenatória está lastreada nas palavras da vítima, corroborada apenas pelo depoimento de psicóloga, "*amiga da família da menor (...) SEM acostar nos autos os exames a que a menor foi submetida, simplesmente do achismo da profissional*" (fl. 599).

Frisa que não existe documento que comprove os supostos abusos sofridos pela ofendida, tendo o Julgador simplesmente ignorado o parecer técnico elaborado por profissional contratada pelo imputado.

Acrescenta, ainda, que a escuta especializada realizada nos autos se mostra ilegal, mormente porque dela não tomou parte o patrono do réu, que sequer foi intimado do ato, o que enseja cerceamento de defesa.

Por fim, requer o reconhecimento das *"Nulidades pontuadas em sede de defesa, alegações finais e agora neste apelo"*, bem como *"do depoimento dado às fls. 261/267"* (fl. 607); a conversão do julgamento em diligência, para que a

Acesso ao Sumário

psicóloga J. traga aos autos os exames que aplicou na vítima, que a levaram a concluir pela existência da conduta criminosa; a concessão dos benefícios da Justiça gratuita (fls. 597/608).

Os recursos foram contrarrazoados pelas partes, que pretendem o desprovimento de cada qual (fls. 613/619 e 626/630).

A d. Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor Paulo Sérgio Fogonholi, se manifestou pelo desprovimento de ambos os apelos (fls. 640/647).

Este, em síntese, é o relatório.

2 - Por primeiro, recepciona-se como questão preliminar, e rejeita-se, a alegação de nulidade da escuta especializada realizada nos autos, sob o argumento de não ter sido a Defesa do réu intimada a participar do procedimento em tela.

Isso porque, conforme dispõe o artigo 7º, da Lei 13.431/2017, a escuta especializada é a entrevista sobre a situação de violência cometida contra criança ou adolescente, perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.

Portanto, contrariamente ao que pretende fazer crer a Defensoria, não há previsão legal para que as partes da ação penal participem do procedimento em tela, que, repita-se, se destina a entrevista da vítima por profissional integrante da rede de proteção, acrescentando-se, demais, que o laudo da escuta especializada foi devidamente disponibilizado as fls. 261/265, daí porque teve o réu plena possibilidade de se manifestar quanto a seu conteúdo, inclusive em sede de alegações finais, e também nas razões de apelo, através de sua Defensoria.

No mais, de se observar que a ofendida foi inquirida posteriormente, em audiência de instrução, na forma dos artigos 8º, 11 e seguintes, do diploma normativo suprarreferido, ato do qual participaram ativamente o MMº Juiz, o Ministério Público e a Defesa, não tendo essa última logrado demonstrar em que consistiu, concretamente, o aludido prejuízo, a teor do que dispõe o artigo 563, do Código de Processo Penal.

Nesse diapasão se pronunciou o Supremo Tribunal Federal: **- "HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE CONDENADO PELO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS SOB A ÉGIDE DA LEI 11.343/2006. PEDIDO DE NOVO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ART. 400 DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. [...] III - Este Tribunal assentou o entendimento de que a demonstração de prejuízo, "a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que (…) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades *pas de nullité sans grief* compreende as nulidades absolutas" (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie)"**. (HC 122229, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em

Acesso ao Sumário

13/05/2014).

Recepciona-se, ainda, como questão preliminar, e rejeita- se, o pleito defensivo de conversão do julgamento em diligência, uma vez que a psicóloga J. H. O., ouvida na condição de testemunha, respondeu às perguntas que lhe foram formuladas, quer pelo MMº Juiz, quer pelas partes, oportunidade em que a Defensoria bem poderia, se o quisesse, tê-la indagado quanto a eventuais métodos e técnicas profissionais empregados no caso da vítima, tendo tido plena oportunidade para assim proceder, em fase própria para tal fim.

Demais, tem-se que a pretensão em tela nem de longe se mostra necessária para o deslinde do feito, revelando-se, aliás, protelatória, mormente porque já encerrada de há muito a instrução processual.

Não é outro o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao poder discricionário do Juiz no deferimento de provas: **- "O deferimento de provas submete-se ao prudente arbítrio do magistrado, cuja decisão, sempre fundamentada, há de levar em conta o conjunto probatório já existente. II - É lícito ao juiz indeferir diligências que reputar impertinentes, desnecessárias ou protelatórias. III - Indeferimento devidamente fundamentado. IV - Inocorrência de afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório ou às regras do sistema acusatório. V - Ordem denegada"** (*in* RHC 90.399/RJ - 1ª T. - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - j. 27.03.2007 - v.u.).

No mérito, há que se desprover o apelo defensivo, provendo-se, em parte, o ministerial.

Não vinga a alegação defensiva de que a materialidade delitiva não foi comprovada (fl. 599), tendo em vista que as modalidades criminosas imputadas ao acusado, como descritas na r. denúncia, consistentes em tocar a vítima nas partes íntimas e obrigar a mesma a praticar sexo oral, não deixam vestígios.

Aliás, o laudo pericial de fls. 17/18, que nada tem de ilegal, bem deu conta, como era de se esperar, da ausência de indícios de ocorrência de conjunção carnal, em plena consonância com os relatos firmes e coerentes da ofendida.

Sobre o tema ensina Nelson Hungria: **"Há uma gradação da obscenidade. Há as impudicícias macroscópicas, como sejam as topo-inversões (coito anal, *fellatio* ou *irrumatio in ore*, o coito intercrural ou *inter femora*, o coito perineal, o *cunnilingusmo anilingus*, a cópula entre os seios, na axila, etc.), a auto ou heteromasturbação, as esfregações torpes de um corpo em outro (mesmo sobre as vestes) e há aquelas outras que não têm analogia alguma com a cópula e, de regra, são inidôneas para o fim de espasmo genésico (ex. : o tateio do *pudendum* ou das nádegas, a apalpação dos seios, o gesto de alçar as vestes de uma mulher para o fim de contemplação lasciva, etc). Como quer que seja, porém, a impudicícia deve ser patente, inequívoca, não confundível com gestos que, segundo *in quod plerumque accidit*, são sexualmente neutros ou, pelo menos, não colidem com a moral sexual média.**

Acesso ao Sumário

É controvertido se o *beijo* constitui o crime em questão, quando dado mediante violência ou grave ameaça. Trata-se, bem entendido, do beijo na face, na boca ou no colo, pois daí para baixo sua impudicícia é flagrante. Viazzi, com a adesão de Pozzolini, é pela negativa, argumentando que o beijo é fato sexual secundário. A opinião dominante, porém, é no sentido de que, quando dado de modo lascivo ou com fim erótico, pode o beijo incidir no conceito legal de ato *libidinoso*. É sabido que o beijo, em especiais condições de eretismo do agente, pode até funcionar como verdadeiro *substitutivo sexual*. Na Idade Média, os práticos reputavam-no *execrabile scelus*, quando aplicado contra a vontade de quem o recebe. Dizia De Angelis: *"Osculum inferre delictum est, si fiat explendendae libidinis causa tam cum foemina, quam cum puero etenim delectationem sensitivam inducit"*. Há que se distinguir entre beijo e beijo. O beijo *casto* não está em jogo, e mesmo o beijo *furtivo*, brevíssimo, roçando de leve a face, num impulso fugaz de indecisa volúpia, não realiza a *grosseria* de um ato libidinoso (podendo concretizar, quando muito, uma *injúria real*). Já ninguém poderá duvidar, entretanto, que um desses beijos à moda dos filmes de cinema, numa descarga longa e intensa de libido, constitua, quando aplicado a uma mulher coagida pela *ingrata vis*, autêntico atentado violento ao pudor (*in* Comentário ao Código Penal, vol. VIII, ps. 135/136, ed. Forense, 1958, RJ).

No mesmo sentido Guilherme de Souza Nucci: **- "Consumação: (...). No tocante aos outros atos libidinosos, basta o toque físico eficiente para gerar a lascívia ou o constrangimento efetivo da vítima, que se expõe sexualmente ao autor do delito, de modo que este busque a obtenção do prazer sexual. Entretanto, o *iter criminis* deve ser analisado caso a caso, pois existem inúmeras formas de satisfação da lascívia, por meio do constrangimento de alguém."** (*in* Código Penal Comentado - 10ª ed., São Paulo, RT, 2010, p. 907).

O Superior Tribunal de Justiça compactua do mesmo entendimento: **- "PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CP. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. DELITO CONSUMADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "o delito de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, incluindo toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso" (HC 264.482/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 23/6/2015, DJe 3/8/2015). Assim, o crime de estupro de vulnerável, na redação dada pela Lei n. 12.015/2009, configura-se quando o agente mantém conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso con-**

Acesso ao Sumário

tra menor de 14 (catorze) anos, sendo irrelevante, ainda, o consentimento da vítima. 2. Diante do quadro delineado, não há como afastar a prática do crime previsto no art. 217- A do Código Penal, na forma consumada, visto que ficou incontroverso a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal destinados à satisfação da lascívia do acusado, uma vez que se trata de efetivo contato corpóreo com a vítima, tendo o agravante passado a mão nos seios e nas pernas da criança, com o propósito único de satisfação de seu desejo sexual. 3. É inadmissível que o julgador, de forma manifestamente contrária à lei e utilizando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reconheça a forma tentada do delito, em razão da alegada menor gravidade da conduta (REsp 1313369/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, 6T., DJe 5.8.2013). Nessa linha, ao contrário do decidido pela Corte de origem e também em respeito ao princípio da proporcionalidade, a gravidade da conduta não pode ser considerada para a tipificação do delito, mas deve incidir na culpabilidade do agente, para aplicação da sanção penal. (REsp 1561653/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 24/05/2016). 4. De qualquer forma, a matéria referente ao princípio da proporcionalidade é de natureza constitucional e deve ser apreciada pelo STF, se e quando provocados. 5. Agravo regimental não provido". (STJ - AgRg no REsp 1588214/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016) (grifo nosso).

Já a autoria do réu quanto a prática dos delitos sexuais recepcionados na sentença, é induvidosa.

Ouvido em Juízo, ele disse que se mudou em 2009 para a casa de É., sua companheira, onde também residia a sobrinha mais velha dela. Contou que algum tempo depois a sobrinha mais nova, ora vítima, também foi morar no mesmo imóvel com a mãe, que estava doente. Explicou que a ofendida era uma criança de difícil trato, que não tinha o costume de deixar pessoas se aproximarem dela, causando espanto ao interrogado o fato de ter sido acusado dos fatos descritos da exordial.

Acesso ao Sumário

Narrou que tudo não passou de um plano arquitetado por É. para intimidá-lo e fazê-lo abrir mão do consultório que tinham em conjunto.

Ocorre que essa versão exculpatória não vinga, já que completamente isolada do restante do conjunto probatório, além de não ter sido comprovada, a teor do que preconiza o artigo 156, do Código de Processo Penal.

A vítima C.R.D.M., ouvida em procedimento especial, acompanhada pela Psicóloga Judiciária Lygia e pela Assistente Social Judiciária Márcia, narrou que mora há seis anos com o irmão, a avó e a tia É., e que essa última passou a ter a sua guarda legal desde o falecimento de sua mãe, há três anos. Afirmou que na época que se mudou para o imóvel, É. era casada com o apelante, que em

quatro oportunidades distintas praticou abusos contra sua pessoa.

Descreveu que o primeiro ocorreu quando se sujou durante uma brincadeira e o réu se ofereceu para lhe dar banho, momento em que acariciou suas partes íntimas, de forma lasciva.

Em outra oportunidade, estava deitada em seu quarto, quando o acusado chegou e repetiu o mesmo ato libidinoso, de passar as mãos em sua genitália. O terceiro fato consistiu em pegá-la no colo e novamente tocar suas partes íntimas. Por fim, no quarto e último episódio, enquanto seu irmão dormia, relatou que ele tirou o cinto e ofereceu dinheiro para que nele fizesse sexo oral, o que acabou fazendo contra a sua vontade, porque ficou com medo de ser agredida.

Acrescentou que naquele mesmo dia o acusado ainda a levou para o quarto dos fundos e tentou tirar as suas roupas, mas conseguiu escapar e começou a gritar por socorro, momento em que ele segurou seu braço e disse que não podia contar para ninguém o ocorrido. Explicou que ele permaneceu casado com sua tia por mais um ano, e depois saiu de casa, quando então tomou coragem e revelou os abusos a família, tendo recebido tratamento psicológico. Ressaltou que tais episódios lhe desencadearam tiques nervosos, ansiedade e medo de homens mais velhos.

Destacou, ainda, que após sua mãe ser diagnosticada com depressão, passaram a residir na casa de sua avó, pessoa que sempre a tratou com muito amor. Afirmou que a genitora manteve relacionamento com o pai de seu irmão mais novo, que chegou a residir algum tempo na mesma casa. Por fim, disse que já havia feito acompanhamento com psicólogo no passado, mas que passou a se consultar com J. após revelar os abusos, permanecendo em tratamento com essa profissional até os dias de hoje.

A testemunha S.M., avó da vítima, confirmou que ela residiu em sua casa, e que o acusado também morava no local juntamente com sua outra filha, É..

Contou que em uma sexta-feira, no período da noite, após uma briga, ele decidiu ir embora e não voltou mais. No dia seguinte, antes de passar um período com o pai e a madrasta, a ofendida resolveu lhe contar tudo que havia acontecido, descrevendo os crimes sexuais cometidos pelo imputado, exatamente da forma como constou na denúncia.

Disse que tomou a providência de levar a ofendida para conversar com a psicóloga J. para que essa profissional confirmasse a veracidade da narrativa da menor e, em seguida, compareceram na Delegacia da Mulher para registrar a ocorrência.

Asseverou que sua neta jamais mentiria sobre um assunto tão grave, destacando que ela sofre com as consequências da violência sexual até os dias de hoje, o que coincide com o fato de, até presentemente, se submeter a tratamento psicológico. Confirmou ter percebido mudanças bruscas no comportamento dela, que era muito ativa no passado, e acabou se tornando uma pessoa medrosa.

Acesso ao Sumário

Afirmou, ainda, que não revelaram o ocorrido ao pai da infante, por medo de sua reação, acrescentando, de resto, que a psicóloga J. não é amiga de sua família.

No mesmo sentido a narrativa da também testemunha E.T.R., tia da ofendida, que aduziu ter sido casada com o réu.

Contou que na semana que se separou do acusado, a vítima estava de férias com o pai e, ao retornar para casa, viu que o carro utilizado pelo acusado não estava mais no local, tendo indagado a avó a respeito, ocasião que soube que ele não mais voltaria para o imóvel. Mencionou que logo na sequência a criança passou a revelar os abusos sexuais praticados por G.H.N.S. contra a sua pessoa, tendo então confrontado o mesmo a respeito, ocasião em que ele disse que a menor estava mentindo.

Destacou que a vítima foi acompanhada por uma psicóloga, e essa profissional confirmou a coerência e veracidade de suas palavras. Ressaltou essa depoente, ainda, que tinha com o réu um consultório odontológico, e que ele não ia trabalhar alguns dias, sob a alegação de que estava com depressão, oportunidade em que permanecia em casa cuidando das crianças. Afirmou que após descobrir os crimes telefonou para a anterior esposa dele, que lhe disse que tal não lhe causava espanto, pois quando eram casados foram a uma chácara e lá duas crianças reclamaram que o acusado havia passado as mãos nelas.

Já a testemunha compromissada J. H. O., ouvida em Pretório, aduziu que, no ano de 2019, foi procurada pela avó da ofendida, para que elaborasse um diagnóstico clínico acerca da situação da neta, que alegava ter sido vítima de violência sexual por parte de um tio. Contou que ao realizar entrevista com a infante, ela descreveu de forma pormenorizada os abusos sofridos, constatando a depoente, desde logo, a veracidade desses relatos. Confirmou que no passado, por curto espaço de tempo, atendeu A., irmã da vítima, e o réu, em seu consultório.

Destacou que a vítima desenvolveu quadro de estresse pós-traumático e com isso surgiram diversos sintomas indicativos de que algo negativo, de fato, ocorreu. Disse, ainda, que foi orientada pela família a não revelar os fatos para o pai da ofendida, que é acometido de transtorno de personalidade.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, o cenário traçado pelas provas produzidas conduz à decisão recepcionada no édito monocrático, não sendo crível que tudo tenha sido articulado pela vítima, criança que contava apenas 08 anos na época do início dos abusos, com o propósito de prejudicar o réu.

Isso vale para os relatos harmônicos e coerentes das testemunhas S.M., E.T.R. e da psicóloga J., que corroboraram, integralmente, as declarações da ofendida, tendo E.T.R. declarado, ainda, que em conversa com a ex-esposa do acusado soube que ele havia agido assim no passado.

Sobre o especial tratamento conferido à palavra da vítima nos crimes desta natureza, em regra cometidos fora das vistas de terceiros, tal como seu na

espécie, já decidiu esta Corte, com acerto: **- "Nos crimes contra os costumes, de violência carnal, em que a prova da autoria fica reduzida praticamente às declarações das vítimas, não devem ser as mesmas infirmadas quando uníssonas e firmes. Têm valor preponderante, superior às do acusado"** (AC - Rel. Des. Djalma Lofrano - RT 610/335).

No mesmo sentido é o posicionamento do Colendo Supremo Tribunal Federal: **- "(...). A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que, nos crimes sexuais, a palavra da vítima, em harmonia com os demais elementos de certeza dos autos, reveste-se de valor probante e autoriza a conclusão quanto à autoria e às circunstâncias do crime. (...)".** (Inq 2563, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relatora p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2009).

Como ainda: **- "(...). PALAVRA DA VÍTIMA VALIDADE. Nos crimes cometidos às ocultas, a palavra da vítima goza de relevante valor probatório, preponderando sobre a versão declinada pelo acusado e ostentando força para autorizar a formação de juízo condenatório. Reforçada a credibilidade das afirmações da ofendida pela inexistência de motivos para imputar ao agente criminoso prática que não tenha verdadeiramente ocorrido."** (STF - ARE 885512/RS - Rel. Min, Luiz Fux - julg. 31/03/2016 - publ. DJe 06/04/2016).

Ressalte-se, de resto, que a questão envolvendo o divórcio litigioso do acusado e da testemunha E.T.R., bem com o fato dessa depoente ter assumido a guarda legal da vítima após o falecimento da genitora, por óbvio não se prestam a infirmar a robusta prova acusatória produzida nos autos, mormente porque não possuem qualquer relação com os crimes aqui apurados, que inclusive são bem anteriores a essa contenda. Demais, a circunstância da ofendida somente ter revelado os abusos após a separação do casal apenas revela que ela se sentia intimidada pelo réu, temendo sofrer represálias, caso revelasse a verdade à família.

Dessa forma, não há como ser recepciondo o pleito defensivo de absolvição, sendo de rigor a manutenção da condenação na forma estabelecida na sentença.

A reprimenda não comporta qualquer alteração, observando-se que a básica foi corretamente aplicada no mínimo legal, e a seguir elevada em 1/6, pela agravante do artigo 61, II, "h", do Estatuto Repressivo, e depois em 1/2, pela majorante do artigo 226, II, do mesmo diploma legal.

Não há como ser acolhida a pretensão ministerial de reconhecimento do concurso material na espécie, pois as investidas libidinosas do réu foram cometidas contra a mesma vítima, nas mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução, a denotar que as condutas posteriores eram, de fato, mera continuação das anteriores, a teor do que preconiza o artigo 71, do CP.

Todavia, assiste razão ao *Parquet* quanto a necessidade de exasperar o

Acesso ao Sumário

percentual de aumento decorrente da continuidade delitiva, uma vez que restaram bem demonstrados os três crimes sexuais narrados na exordial (a vítima chegou a relatar um quarto delito), mostrando-se, dentro desse cenário, a fração adotada no édito monocrático insuficiente para a devida repressão penal, ficando aqui recepcionada a fração de 1/5.

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: **- "PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO E ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. VIOLÊNCIA REAL. ACUSADO QUE COMETEU CRIME CONTRA SUAS DUAS IRMÃS, ENTRE OS ANOS DE 2006 E 2015, POR DIVERSAS VEZES. QUANTUM DE EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NÚMERO DE CRIMES E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Segundo entendimento firmado por esta Corte Superior, estabelecido o espectro de exasperação entre 1/6 (um sexto) e o triplo, infere-se da norma que a fração de aumento da continuidade delitiva específica, descrita no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, é determinada pela combinação de elementos objetivos - quantidade de crimes dolosos praticados contra vítimas diferentes, com violência ou grave ameaça à pessoa - e subjetivos, consistentes na análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos e das circunstâncias do crime (HC n. 293.130/SP, Quinta Turma, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, DJe de 12/12/2016). 2. Verifica-se, na espécie, que o acusado praticou os delitos dos artigos 217-A e 213, §1º, c/c 226, inciso II, do CP contra duas vítimas, suas irmãs, mediante grave ameaça real, em semelhantes condições de tempo, lugar e maneira de execução, por diversas vezes, entre os anos de 2006 e 2015, sem interrupções, configurando, assim, o crime continuado específico, previsto no parágrafo único do art. 71 do CP. 3. Tratando-se de diversas condutas praticadas, entre os anos de 2006 e 2015, contra duas vítimas distintas, tendo uma 10 e outra 14 anos, quando iniciados os atos, considerando a dinâmica dos fatos, em que o réu aproveitava-se da ausência dos pais para forçar suas irmãs (ameaçadas de agressão e morte), a praticar conjunção carnal e/ou outros atos libidinosos, cujas consequências foram consideradas negativas para a fixação da pena-base (conseqüências dos crimes, que realmente extrapolaram aquele ínsito ao tipo penal, uma vez que, conforme registrado na sentença, as vítimas, após os fatos, ficaram traumatizadas, amedrontadas e com dificuldade de relacionamento, inclusive, L.A.B. apresentava quadro de depressão, tudo conforme estudo social de f. 67-69 - e-STJ fls. 245), o quantum de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, pela configuração do crime continuado específico, deve ser aumentado em 2/3, o que se mostra proporcional à gravidade da con-**

Acesso ao Sumário

duta. Pena definitiva fixada em 20 anos de reclusão. 4. Agravo regimental não provido, com a correção de erro material no decisum agravado, para constar que o aumento da continuidade delitiva específica foi aplicado em 2/3". (AgRg no AREsp n. 1.433.781/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/5/2019, DJe de 20/5/2019).

No mais, o *quantum* de penas ora imposto, por si só, já recomenda a fixação do regime prisional inicial fechado, único adequado ao réu, diante do que preconiza o artigo 33, § 2º, "a", do Código Penal, não havendo que se descurar, ainda, da natureza hedionda do crime de estupro de vulnerável.

Por fim, quanto a pretendida gratuidade de Justiça, o acusado também poderá comprovar a alegada hipossuficiência no momento da execução, ao MM. Juiz das Execuções Penais (conforme art. 4º, § 9º, Lei 11.608/2003, c.c. os arts. 11, § 2º e 12, da Lei nº 1.060/50), quando da data do recolhimento das custas processuais, sendo essa a ocasião oportuna para tal, tendo em vista a natureza tributária, e não penal, das custas.

Conforme se depreende da leitura do *caput* do artigo 5º, da Lei nº 11.608/03, a condição de insolvente pode ser alterada com o passar do tempo, não havendo, pois, que se confundir a situação de processado impossibilitado de custear a própria defesa, por ora, ou quando do início da ação penal, com a de condenado que, posteriormente, se vê compelido a pagar tributo uma única vez.

Em suma, há que se considerar que as custas processuais, regulamentadas por lei estadual, têm natureza tributária, razão pela qual não podem ser abrangidas, para fim de discussão quanto a dispensa, ou não, do imputado, quanto ao seu pagamento, através do presente recurso.

Isto posto, rejeitadas as questões preliminares, nega-se provimento ao apelo ajuizado em prol de **G.H.N.S.**, e dá-se parcial provimento ao ministerial, para que, mantida no mais, por seus fundamentos, a sentença, cumpra ele a pena final de 16 (dezesseis) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime prisional inicial fechado, por incurso nas sanções do artigo 217-A, c.c. o artigo 226, II, na forma do artigo 71, todos do Código Penal.

Após o trânsito em julgado, expeça-se mandado de prisão contra o condenado, remetendo-se cópia <u>também</u> ao doutor Delegado de Polícia Diretor do DEINTER 2.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Criminal nº 1501735-23.2022.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes S. DA S. X. e E. L. M., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastadas as preliminares arguidas, DERAM PARCIAL PROVIMENTO aos recursos de apelação interpostos por S da S. X. e E. L. M. para afastar a agravante decorrente da prática de crime durante estado de calamidade pública e reduzir a pena de cada acusado, fixando as sanções de E. em 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, além de 31 dias-multa, e de S. em 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, além de 25 dias-multa. Inalterada, no mais, a r. sentença condenatória. V.U. Sustentou oralmente o advogado, dr. Diego Costa do Nascimento, e usou da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça, dr. Norberto Jóia.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.203)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE e LUIZ FERNANDO VAGGIONE.

São Paulo, 22 de abril de 2024

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: <u>ROUBO - PRELIMINAR</u> - Os atos de reconhecimento, feitos na fase inquisitiva e em juízo, buscaram seguir as regras contidas no art. 226, do Código de Processo Penal. As outras pessoas colocadas ao lado dos acusados, outrossim, guardavam, dentro de um critério de razoabilidade, semelhança com os réus. Não se vislumbra, então, vício no ato formal.

<u>ABSOLVIÇÃO</u> - IMPOSSIBILIDADE - Segura demonstração da materialidade e autoria delitivas - Reconhecimentos que se unem às palavras dos policiais ouvidos e firmam, com a certeza necessária, a autoria delitiva.

<u>AGRAVANTE</u> - Hipótese na qual não foi demonstrado o elo concreto entre a conduta e a pandemia que afligia o país à época, o que, em seu turno, demanda o afastamento da majorante.

<u>CAUSAS DE AUMENTO</u> - Não sendo oferecida fundamentação concreta para a imposição de sucessivos acréscimos na terceira etapa de cálculo no crime presente (roubo), imperiosa a adoção apenas da mais elevada fração.

<u>Recursos defensivos providos em parte, apenas para reduzir a pena imposta.</u>

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença de fls. 276 e s., cabe acrescentar que se trata de recurso de apelação interposto por **S da S. X.** e **E. L. M.**, inconformados com a decisão que condenou, pela prática do crime previsto pelo art. 157, § 2º, inciso II, e § 2º-A, inciso I, por duas vezes em concurso formal: **S.** às penas de 10 anos, 04 meses e 13 dias de reclusão, no regime inicial fechado, além do pagamento de 25 dias-multa; **E.** às penas de 12 anos, 11 meses e 16 dias de reclusão, no mesmo regime, além do pagamento de 31 dias-multa. Ambos foram absolvidos da prática do crime previsto pelo art. 244-B, do ECA, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

S., em suas razões (fls. 390/400), persegue a absolvição por carência probatória. Subsidiariamente, pede a manutenção da básica no piso, o afastamento da causa de aumento decorrente da arma de fogo, posto que não periciada, e o abrandamento do regime, também em atenção à detração.

E., por sua vez (fls. 429/433), preliminarmente levanta nulidades pela abordagem policial, imotivada, e pelo reconhecimento judicial, que não observou a regra contida no art. 226, do Código de Processo Penal. Quanto ao mérito, busca a absolvição por carência probatória.

O Ministério Público ofereceu suas contrarrazões a fls. 446 /451.

D. Procuradoria de Justiça trouxe seu parecer, opinando pelo desprovimento dos apelos (fls. 464/471).

É o relato do necessário.

Narra a denúncia que os apelantes, **R. R. P. de A.** e o adolescente **K.A.S.A.** no dia 20 de janeiro de 2022, em torno das 20 horas, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, subtraíram um celular, um cartão de crédito e a quantia de R$ 40,00, em espécie da vítima *L. R. M.* e um celular da vítima *R. S. C.*.

Detalha, expondo que os acusados, em um automóvel Fiat/Palio, placas CRE-4841, de propriedade do acusado **R.**, que dirigia o automóvel, foram ao local onde resolveram praticar o roubo no salão de beleza da vítima *J.*. **R.** permaneceu no carro. **E.** e **S.** adentraram no estabelecimento com o adolescente e, com arma de fogo, disseram "perdeu, fica todo mundo quieto". **S.**, então, aproximou-se das vítimas e ordenou a entrega dos pertences. Ordenaram que as vítimas fossem para outra área do salão e fecharam a porta do cômodo, evadindo-se com os bens. A vítima *R.*, contudo, conseguiu abrir a porta e avistar os agentes caminhando e entrando no veículo Fiat/Palio, que saiu em velocidade com os comparsas. Mas frequentadores de uma hamburgueria próxima anotaram a placa, fornecendo os dados à polícia. No dia seguinte, policiais viram o veículo transitando e ordenaram a parada do automóvel, ocupado pelos acusados e adolescente. As vítimas reconheceram **S.** e **E.**, além do menor.

Acesso ao Sumário

O feito, aclara-se, foi desmembrado em relação a **R.** (fls. 224).

A prova oral, neste feito, foi incorporada aos autos digitais (fls. 223/226).

Parte-se, destarte, às preliminares.

Quanto à atuação policial e abordagem dos réus, o relato dos agentes públicos em juízo indica que a prisão foi motivada pela notícia prévia do alegado envolvimento de um automóvel na prática de um roubo, que contaria com a participação de quatro sujeitos. Com base em tal suspeita que tocava crime cometido pouco tempo antes, foi feita a abordagem dos acusados, que foram encaminhados ao distrito policial para seu oportuno reconhecimento. Nota-se, assim, que havia fundadas razões para a ação policial, que não foi imotivada. Outrossim, eventual eiva relacionada, especificamente, à prisão em flagrante se vê superada com sua conversão em prisão preventiva (feita a fls. 78/81).

Quanto ao reconhecimento feito em juízo, nota-se que a cada vítima foram apresentados os acusados, acompanhados de dois outros sujeitos. Outrossim, e apesar da irresignação defensiva, é possível perceber que, dentro de critérios de razoabilidade, foram apresentadas pessoas que guardavam semelhança com os acusados.

Verifica-se, então, que a vítima *J.* reconheceu o acusado **S.**, expondo não reconhecer os demais. Somente após a manifestação da vítima e encerrado o interrogatório a d. sentenciante expôs às vítimas quais eram os réus.

Não se notou, portanto, qualquer espécie de sugestionamento ou indução dessa ofendida - que não reconheceu **E.**, acrescenta-se.

Em seguida, o reconhecimento feito pela vítima *R.* foi conduzido da mesma maneira. A d. Magistrada, outrossim, teve a cautela de orientar a vítima que não era necessário realizar o reconhecimento se não tivesse certeza. Tal vítima, em juízo, disse reconhecer **S.** e **E.**, mas afirmou que **E.** era parecido com um dos roubadores, afirmando que suas dúvidas decorrem da ausência de óculos.

Ao término, o reconhecimento feito pela vítima *L.* caminhou pela mesma vereda. Essa vítima também reconheceu **S.**.

Os reconhecimentos feitos na fase inquisitiva, por outro lado, também buscaram observar as regras citadas pela d. Defesa, conforme se extrai dos autos de fls. 26/28. Em tais atos, acrescenta-se, todos os acusados foram reconhecidos pelas vítimas.

Nenhuma eiva, portanto, se nota no ato formal, que seguiu as normas processuais.

Superadas as preliminares, examina-se a prova produzida.

A vítima *J. P. da S. C.* disse que atendia uma cliente em seu salão de beleza quando os roubadores lá entraram. **S.** subtraiu pertences de *L.* e de *R.*, enquanto **E.**, armado, ficou na porta. O adolescente ficou no salão. Após, foram colocadas em uma das salas do estabelecimento e lá ficaram por cerca de 15 minutos, até notarem que eles fugiram. Um sujeito disse que vira os agentes

Acesso ao Sumário

ingressarem num automóvel, mas não anotou suas placas. Foi chamada para realizar o reconhecimento no distrito policial e, naquela data, não teve dúvidas. No momento do roubo usavam máscara facial.

As vítimas *R. S. C.* e *L. R. M.* manifestaram-se, em essência, no mesmo sentido, acrescentando que viram os roubadores ingressarem em um automóvel. *R.* acrescentou que a polícia foi capaz de identificar o carro.

O policial militar E. de A. M. afirmou que patrulhava quando recebeu informações da placa de um automóvel e as características dos roubadores. Viram o veículo e fizeram breve acompanhamento, realizando a abordagem quando ele estacionou. Lá estavam três sujeitos, que foram levados ao distrito policial - outro foi também levado, mas por outra equipe. As vítimas foram contatadas e, no distrito policial, reconheceram os roubadores.

E. M., também policial, disse pouco se recordar, mas narrou a abordagem dos réus pela placa do veículo informada.

S. A. de A., testemunha de defesa de **E.**, disse ter visto a abordagem do réu, que estava em cima de uma motocicleta, parado.

T. C. de A. X., também testemunha de defesa do réu **E.**, disse que no dia do roubo o réu estava com ela em torno das 19 horas e 45 minutos do dia dos fatos, pois levara um recado de sua empregadora.

R. F. da S., testemunha de defesa de **S.**, afirmou que o réu é namorado de sua filha e, pelo que sua filha lhe contou, no dia do roubo estava na casa dele.

S. da S., testemunha de defesa de **S.**, disse que sua filha mora com o acusado e ele, no dia dos fatos, estava em sua casa, doente. No dia dos fatos ele trouxe sua filha em sua casa, em torno do meio-dia, e saiu de lá.

J. E. P. da S., testemunha de defesa de **S.**, disse ser amigo do réu e que sua mãe lhe avisou que ele estava doente no dia dos fatos.

Interrogado em juízo, **E.** negou a autoria delitiva, afirmando que em torno das 21 horas foi à casa de Selma e foi, também, à casa de T.. No dia seguinte foi trabalhar e encontrou **S.** e o adolescente enquanto faziam entregas. **S.** também estava de motocicleta, mas os policiais começaram a perguntar sobre o automóvel Palio.

S., por sua vez, também negou a autoria delitiva. Disse que ficou doente e levou o atestado em seu trabalho. Melhorou na sexta-feira e levou sua esposa à casa dela. Voltou e tornou a sair, encontrando o adolescente e seu corréu. Estava de motocicleta (como **E.**). **R.** chegou com o veículo, estacionou, tirou a camiseta e saiu do local. Então chegaram os policiais, que entraram na favela e, ao saírem, viram o veículo Palio. Foram abordados mesmo estando distantes do veículo. Cerca de dez minutos após **R.** chegou na delegacia. Disse para que ele confessasse o crime, mas ele se recusou. Foram colocados para reconhecimento sem máscara e as vítimas não os reconheceram, mas após colocarem as máscaras foram rapidamente retirados da sala. **R.** chegou a dizer que comprara

Acesso ao Sumário

o veículo para a prática de roubos junto com outras duas pessoas, mas ele não foi reconhecido pela vítima.

Essas, em síntese, as provas dos autos, diante das quais perdem força os pleitos absolutórios.

A negativa oferecida pelos apelantes conflita com todo o restante do acervo probatório.

Caminha, de início, contra o relato dos policiais ouvidos como testemunhas, que expuseram a descoberta do veículo e os três sujeitos abordados. Como nenhuma razão foi trazida para que os policiais fabricassem tal versão, ignorando que dois dos apelantes estariam em motociclos, e não no veículo Palio, nada há a invalidar seu relato.

Em seguida, a tese absolutória caminha contra os seguros, serenos e coesos dizeres das vítimas, que reconheceram, com segurança, **S.**, e que acenaram em juízo para a participação de **E.**. Tal fato, aliado ao seguro reconhecimento feito na fase inquisitiva e na descoberta desse acusado junto do veículo usado para a prática delitiva torna certa a autoria, demandando a condenação.

Em atenção ao esforço defensivo, cabe tão somente firmar que a manifestação das testemunhas defensivas não afasta a condenação, posto que não tocam o exato momento da prática delitiva, mas fatos anteriores, ou posteriores.

Em seguida, também certa a prática do crime em concurso de agentes e com o emprego de arma de fogo, circunstâncias bem trazidas pelas vítimas. Em atenção ao sustentado pela d. Defensoria Pública, firma-se que a jurisprudência se consolidou pela desnecessidade da apreensão e perícia do armamento para o reconhecimento da majorante, como é possível extrair do seguinte julgado:

> CRIMINAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.
>
> I - Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego. Precedentes do STF.
>
> II - Os depoimentos do condutor, da vítima, das testemunhas, bem como qualquer meio de captação de imagem, por exemplo, são suficientes para comprovar a utilização de arma na prática delituosa de roubo, sendo desnecessária a apreensão e a realização de perícia para a prova do seu potencial de lesividade e incidência da majorante.
>
> III - A exigência de apreensão e perícia da arma usada na prática do roubo para qualificá-lo constitui exigência que não deflui da lei resultando então em exigência ilegal posto ser a arma por si só -- desde que demonstrado

Acesso ao Sumário

por qualquer modo a utilização dela - instrumento capaz de qualificar o crime de roubo.

IV - Cabe ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão.

V - Embargos conhecidos e rejeitados, por maioria.

(EREsp n. 961.863/RS, relator Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), relator para acórdão Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, julgado em 13/12/2010, DJe de 6/4/2011.)

Parte-se, então, à pena e aos pleitos subsidiários.

A pena-base de ambos foi fixada no piso. A sanção de **S.** seguiu inalterada na segunda etapa, enquanto a de **E.** foi exasperada pela prática do crime durante estado de calamidade pública. Contudo, não foi demonstrado o elo concreto entre a prática delitiva e a pandemia que ainda afligia o país à época, de modo que o acréscimo há, também, de ser afastado em relação a esse acusado.

Na terceira etapa, as causas de aumento acima citadas fundaram dois acréscimos sucessivos, de um terço e dois terços. Quanto a esse ponto, e apesar do argumento trazido pela r. sentença condenatória - o art. 68, parágrafo único, do Código Penal, não se aplicaria no caso concreto, posto que as causas de aumento são trazidas por parágrafos diversos -, o parágrafo citado não distingue as hipóteses de sua incidência. A jurisprudência superior, outrossim, consolidou-se pela necessidade de concreta fundamentação para a aplicação sucessiva no crime de roubo, também diante do teor da súmula de número 443, do e. STJ. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. AUMENTO SUCESSIVO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O art. 68, parágrafo único, do Código Penal visa garantir ao condenado a aplicação individualizada da pena, de forma proporcional e razoável. Exige-se, para o aumento cumulativo, fundamentação concreta e idônea, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal e da Súmula 443 do STJ, situação ocorrida nos autos.

2. No caso dos autos, é inegável a satisfatória motivação do ato decisório com lastro em dados concretos. Isso porque a menção de que a empreitada criminosa foi praticada em concurso de três agentes, dois deles menores de idade, com emprego de arma de fogo, demonstra iniludivelmente, a maior gravidade do comportamento ilícito.

Justificado, portanto, de maneira idônea, o aumento da pena na referida fração.

3. Agravo regimental não provido.

Acesso ao Sumário

(AgRg no HC n. 851.005/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 30/11/2023, DJe de 6/12/2023.)

In casu, não foi trazida fundamentação concreta para os sucessivos acréscimos, alicerçados, por outro lado, em entendimento que toca a aplicação da regra analisada. Por tal razão, imperiosa a manutenção apenas do mais severo acréscimo, de dois terços, que elevará a pena a 6 anos e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 16 dias-multa.

O concurso formal de crimes, adequadamente reconhecido, elevará a pena a 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão. Elevaria, também, a pena pecuniária a 32 dias-multa (nos termos do art. 72, do Código Penal). Contudo, de modo a se evitar a *reformatio in pejus*, mantem-se a sanção pecuniária fixada na sentença: 31 dias-multa, em relação a **E.**, e 25 dias-multa, em relação a **S.**.

O regime imposto, fechado, há de ser mantido, apesar das valiosas considerações defensivas. De fato, cuida-se da prática de crime que carrega grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, praticado em concurso de agentes e com o auxílio de adolescente. Outrossim, vitimou três pessoas, em relação à grave ameaça, e atingiu dois patrimônios distintos. Diante de tal censurabilidade em concreto, regime mais brando não atenderia, satisfatoriamente, as funções da pena.

Ante o exposto, afastadas as preliminares arguidas, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** aos recursos de apelação interpostos por **S da S. X.** e **E. L. M.** para afastar a agravante decorrente da prática de crime durante estado de calamidade pública e reduzir a pena de cada acusado, fixando as sanções de **E.** em 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, além de 31 dias-multa, e de **S.** em 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, além de 25 dias-multa. Inalterada, no mais, a r. sentença condenatória.

Habeas Corpus

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2019215-88.2024.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é paciente OCTAVIO HENRIQUE FERRAZ MORALES e Impetrante LEANDRO LOURENÇO DE CAMARGO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.176)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), EDISON BRANDÃO e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 26 de março de 2024
CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME SEMIABERTO SEM INTIMAÇÃO PRÉVIA DO PACIENTE. PLEITO DE REVOGAÇÃO DA ORDEM DE PRISÃO E IMEDIATA EXPEDIÇÃO DE CONTRAMANDADO DE PRISÃO, OU CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR, REGIME ABERTO, COM OU SEM MONITORAMENTO ELETRÔNICO.

1. Impossibilidade de atendimento ao pleito de revogação da ordem de prisão ou a expedição de contramandado de prisão ou concessão de prisão domiciliar, com ou sem monitoramento eletrônico, até que seja disponibilizada uma vaga para o paciente no sistema prisional, por meio de habeas corpus, sendo via inadequada para obter-se apreciação ou reanálise de matérias relativas à execução, cuja análise da pretensão diretamente por este Tribunal que configuraria inegável supressão de instância.

2. Informações de estilo, ademais, esclarecem que após informado pela SAP que havia vaga disponível para cumprimento da pena privativa de liberdade no regime semiaberto fixado ao sentenciado, determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do ora paciente, uma vez que, após realizada a audiência de custódia, o cumprimento da pena se verificará em estabelecimento prisional adequado e compatível com o regime fixado, em clara e segura observância ao teor da Súmula Vinculante 56 do STF, e aos demais preceitos jurídicos alardeados, sendo prescindível prévia intimação do paciente. Precedentes.

Inexistência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado **Leandro Lourenço de Camargo**, em favor de **Octávio Henrique Ferraz Morales**, condenado como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, apontando como autoridade coatora o **MM. Juízo de Direito da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal da Comarca de Campinas - DEECRIM 4ª RAJ**, pleiteando a revogação da ordem de prisão do paciente, com imediata expedição de contramandado de prisão e, subsidiariamente, seja concedida sua prisão domiciliar, com ou sem monitoramento eletrônico, até que seja disponibilizada uma vaga para o paciente no sistema prisional.

O impetrante sustenta, em apertada síntese, que a autoridade apontada como coatora determinou a expedição do mandado de prisão do paciente, em regime semiaberto, sem que fosse realizada sua intimação prévia, ferindo, assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa, ambos previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, além da Súmula Vinculante 56 do Supremo Tribunal Federal, a decisão, também proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na Reclamação 51.888, a Resolução 474/2022, do Conselho Nacional de Justiça e o Comunicado CG 628/2022, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Aduz, ainda, que inexistem vagas em regime semiaberto no sistema carcerário paulista, segundo relatório elaborado pelo Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, apontando *"a absoluta inexistência de vagas em regime semiaberto no sistema carcerário paulista"* de modo que ao paciente deve ser concedida a prisão domiciliar até que seja disponibilizada uma vaga (fls. 01/10).

Antes de ser apreciado o pedido de liminar, foram requisitadas as informações de estilo (fls.118/120), as quais aportaram aos autos a fls.129/131 e 133/134. Indeferido o pedido de liminar (fls. 135/138), tendo o ilustre Procurador de Justiça, Dr. Fernando Grella Vieira, opinado pela denegação da ordem (fls.142/147).

É o relatório.

Octávio Henrique foi condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 à pena de 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, fixado o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena (fls. 133).

O V. Acórdão, que confirmou a sentença condenatória, transitou em julgado e, em observância à Resolução nº 417/2021, foi expedida a guia de recolhimento definitiva pelo juízo sentenciante, sendo instaurado no processo de execução nº 000533-68.2024.8.26.0502.

Pois bem.

Como se vê, o *writ* objetiva a reforma da decisão proferida pelo Juízo

Acesso ao Sumário

das Execuções Criminais, que determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do ora paciente, pleiteando a revogação da ordem de prisão com a expedição de contramandado de prisão, ou aplicação de medidas alternativas, sob os argumentos já alhures mencionados.

Ocorre que o art. 197 da Lei de Execução Penal, prevê que: *"das decisões proferidas pelo juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo".*

Havendo, dessa forma, o recurso próprio para atacar a decisão proferida em 07.02.2024, que não foi agravada, estando preclusa a matéria, descabendo a ação constitucional de *habeas corpus*, sob pena de submeter o remédio heroico à condição de mero substitutivo recursal.

Assim, a estreita via do *habeas corpus* não se presta ao exame da questão levantada, razão pela qual o *writ* não merece prosperar.

A propósito:

> *"Em que pesem as alegações esposadas pelo culto impetrante, o presente pedido não comporta análise, porquanto não se configura a medida eleita (*Habeas-Corpus*) meio idôneo para apreciar a matéria cujo deslinde se pretende, pois trata-se de questões reguladas pela Lei de Execuções Penais, que em sede recursal só devem ser discutidas no âmbito do recurso previsto para hipótese, vale dizer, através de Agravo em Execução."* (HC n.º 990.09.186275-4, Rel. Ribeiro Dos Santos. 15.ª Câm Crim. j. em 27.10.2009).

Ademais, sem adentrar-se ao mérito, esclareceu a d. magistrada Dra. Vanessa Aparecida Bueno nas informações de estilo que, após informado pela Secretaria Penitenciária do Estado que havia vaga disponível para cumprimento da pena privativa de liberdade no regime semiaberto fixado ao sentenciado, determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do ora paciente (fls.133/134).

Dessa forma, verifica-se observância ao teor da Súmula Vinculante 56 do STF, resultando desnecessária a prévia intimação do sentenciado, uma vez que, após realizada a audiência de custódia, o cumprimento da pena se verificará em estabelecimento prisional adequado e compatível com o regime fixado.

Ressalta-se que, embora apontado pelo nobre impetrante os ditames do art. 23 da Resolução CNJ nº 417/2021, somente seria necessária a prévia intimação do ora paciente na hipótese de ausência de vaga em estabelecimento prisional adequado, o que não se verificou *in casu*.

Como bem observou a autoridade apontada como coatora, *"...no despacho exarado no expediente administrativo instaurado junto ao Conselho Nacional de Justiça, por provocação do Corregedor Geral da Justiça do Estado de São Paulo, por meio do Ofício 130/2022, com o fim de esclarecer a possibilidade de expedição de mandado de prisão sem prévia intimação no caso de notícia de vaga em regime semiaberto:*

Acesso ao Sumário

"À luz dessas orientações, pode-se concluir que, na hipótese de que já tenha sido ***previamente atestada a existência de vaga no regime semiaberto****, caberá à autoridade judicial avaliar a expedição de "Mandado de prisão" diante do caso concreto,* ***haja vista que a Resolução CNJ n.º 474 recai, notadamente, sobre as hipóteses em que não há informação a respeito da capacidade do sistema prisional no regime adequado, com o fito de evitar prisão em regime mais gravoso ao que efetivamente a pessoa foi condenada****"* (grifei).

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

"(...) *na espécie não há que se falar em constrangimento ilegal pois, conforme se extrai do acórdão impugnado,* ***o mandado de prisão só teria sido expedido porque foi atestada a existência de vaga em estabelecimento compatível com o regime fixado na sentença condenatória.*** (...)" (STJ, HC 888369, Decisão Monocrática, publicação em 14/02/2024) (grifei).

No mesmo sentido, recente jurisprudência deste Egrégio Tribunal Bandeirante:

> *"Habeas Corpus. Execução criminal. Impetração que busca o recolhimento do mandado de prisão, a fim de que seja o paciente primeiramente intimado a dar início ao cumprimento da pena em regime semiaberto, nos termos da Resolução 474, do C. CNJ. Impossibilidade. Questão regulamentada pelo Comunicado CG 724/2023 deste Eg. Tribunal.* ***Havendo vaga na regência adequada, não é imperiosa a intimação prévia, podendo ser, desde logo, expedido mandado de prisão.*** *Juízo das Execuções que avaliou a situação concreta de forma fundamentada, optando pela opção que, aliás, melhor atende aos primados da eficiência, economia e celeridade processual. Precedentes deste Eg. Tribunal de Justiça. Constrangimento ilegal não verificado"* (HC nº 2003354-62.8.26.2024. Rel. Des. Sergio Coelho, 9ª Câmara Criminal, v.u, j. 28.02.2024) (sem destaque no original).

Portanto, nessa estreita via de cognição, inexistente manifesto constrangimento ilegal a ser sanado mediante este remédio constitucional.

Assim, sob todos os aspectos, não se vislumbra, ao menos por ora e nos estritos limites cognitivos do writ, flagrante constrangimento ilegal, suficiente para ensejar a concessão da medida emergencial, pertinente apenas em casos de ilegalidade evidente e incontestável, situação em que a mácula processual salte aos olhos, independentemente de análise probatória. Não é, a toda evidência, o caso dos autos.

Ante o exposto, pelo meu voto, **denego a ordem de *habeas corpus*.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2286441-63.2023.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é paciente MANOEL OLIVEIRA DE LIMA e Impetrante JOSE SILVESTRE DA SILVA.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2.101)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente) e VICO MAÑAS.

São Paulo, 26 de março de 2024

NOGUEIRA NASCIMENTO, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS. DEFESA DESTITUÍDA. RÉU INDEFESO. PEDIDO DE ANULAÇÃO DA DECISÃO IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Não se constata, prima facie, ilegalidade nas decisões que determinaram o afastamento do causídico.

2. Intimado várias vezes, o impetrante foi desidioso com suas obrigações processuais, prejudicando não apenas seu constituinte, mas também os corréus.

3. Ordem denegada, vez que ausente constrangimento ilegal.

VOTO

1. Em favor de Manoel Oliveira de Lima, o Dr. José Silvestre da Silva impetrou o presente *habeas corpus* postulando, sob alegação de constrangimento ilegal, a concessão da ordem para determinar o restabelecimento da defesa constituída pelo paciente e a anulação de quaisquer atos promovidos pelo defensor dativo.

Informa que o paciente foi denunciado como incurso no artigo 121, § 2º, I e IV, no art. 2º da Lei 12.850/2013 e no art. 211 do CP, na forma do art. 29, também do CP. Alega que autoridade apontada como coatora destituiu o impetrante e determinou que o paciente fosse intimado a constituir novo defensor no prazo de dez dias, sob pena de nomeação de defensor dativo. Afirma que, tão logo intimado da decisão, o paciente manifestou seu inconformismo e comunicou ao Oficial de Justiça que deseja manter o patrono de sua confiança. Argumenta que o ato coator proíbe o exercício profissional do impetrante e configura cerceamento de defesa. Grifa que o direito de escolha do paciente é assegurado por lei (fls. 01/09).

Juntados os documentos comprobatórios da impetração e indeferido

Acesso ao Sumário

o pedido liminar (fls. 306/307), prestou informações a autoridade apontada como coatora - Juízo de Direito da Vara do Júri da Comarca de Piracicaba (fls. 310/317). Depois, se manifestou a d. Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem (fls. 320/322).

O *writ* foi julgado dia 04.12.2023, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal (fls. 324/327), porém, por erro procedimental, um advogado estranho aos autos foi intimado em lugar do impetrante, a impedi-lo de realizar sustentação oral caso desejasse. Tal ocorrência foi apontada pelo impetrante, quando da interposição de embargos de declaração. Com razão o embargante, o julgamento anterior foi anulado (fls. 342/343), e os autos de *habeas corpus* tornaram conclusos.

É o relatório.

2. A ordem não merece concessão.

Inicialmente, anoto que o *habeas corpus* se presta tipicamente a salvaguardar indivíduo que tenha sua liberdade deambulatória ameaçada por ato ilegal promovido por agente estatal.

Embora se admita o cabimento do remédio heroico para salvaguardar outras garantias, e ainda assim em caráter excepcional, o *habeas corpus*, com sua cognição sumária e não exauriente, não se presta a análise aprofundada de provas.

A ilegalidade a ser sanada deve ser perceptível ao primeiro olhar.

Não é o caso do presente feito.

De fato, a leitura das informações juntadas pela autoridade apontada como coatora e a consulta aos autos originais, que tramitam em meio digital, permitem afirmar que o impetrante deixou de cumprir suas obrigações processuais, fato que além de prejudicar o andamento do processo e os corréus, deixou o seu constituinte verdadeiramente indefeso.

Agiu com acerto o magistrado ao proferir as decisões de fls. 1324 e fls. 1338 dos autos originais.

Não é demais anotar que em se tratando do rito de júri, caso a defesa de qualquer dos réus deseje inquirir testemunha que não tenha sido arrolada tempestivamente, poderá fazê-lo por ocasião do julgamento no plenário, perante o Conselho de Sentença. Não se constata, portanto, nenhum prejuízo à defesa na decisão que indeferiu a inquirição das testemunhas intempestivamente arroladas.

Anoto, ainda, que o juízo de piso poderá, a seu prudente arbítrio, admitir novamente o impetrante como patrono do paciente, desde que o advogado se comprometa a respeitar (e respeite) os prazos processuais, em consideração à Administração da Justiça e aos corréus, que restaram prejudicados por seu mau comportamento processual.

3. Por todo o exposto, denego a ordem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2044351-87.2024.8.26.0000, da Comarca de Jacupiranga, em que são impetrantes GIORGIA GOMES MOHRING, RICARDO MOHRING NETO e LUCAS ARMESTRONG ALCANTARA e Paciente D. M. G..

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam parcialmente a ordem de habeas corpus impetrada, impondo-se em face do Paciente D. M. G. as medidas protetivas de urgência consistentes em (i) proibição de contato com a ofendida, por qualquer meio; (ii) proibição de acesso à área independente do imóvel na qual reside a ofendida; e (iii) manutenção da distância mínima de 10 (dez) metros da ofendida, com determinação. V. U. Presente a Ilma. Defensora, Dra. Giorgia Gomes Morhing. Dispensada a sustentação oral pela Turma Julgadora.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.248)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 2 de abril de 2024

ROBERTO PORTO, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Pedido de revogação de medidas protetivas de urgência – Decisões de origem bem fundamentadas – Necessidade e adequação das medidas protetivas demonstradas – Quadro, porém, que indica a possibilidade de flexibilização – Medidas protetivas impostas em benefício da sogra do Paciente, em contexto de discussão familiar com sua filha – Casal que retomou a relação conjugal – Interesse dos filhos menores na convivência com o genitor – Imóvel que abriga estabelecimento comercial cuja reabertura interessa ao sustento familiar – Ausência de notícia de prática de outros atos violentos – Circunstâncias fáticas que mostram ser suficiente a redução da distância obrigatória para a de dez metros da ofendida, além da proibição de contato e de ingresso na parte do imóvel destinada à residência dela, possibilitando o retorno do Paciente ao lar – Ordem parcialmente concedida, readequando-se as medidas protetivas e

Acesso ao Sumário

determinando-se a intimação da vítima.

VOTO

A Advogada Giorgia Gomes Mohring impetrou o presente *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de **D. M. G.**, apontando como autoridade coatora o MM. Juízo da 2ª Vara da comarca de Jacupiranga.

Narra a Impetrante que foram decretadas medidas protetivas de urgência em face do Paciente e em favor de sua sogra. Aduz que foi reatado o relacionamento entre o Paciente e a filha da ofendida, a qual firmou declaração no sentido de que seriam desnecessárias as cautelares. Acrescenta que, na residência, funciona um comércio tocado pela família, de sorte que o afastamento do Paciente também prejudica os ganhos familiares.

Pleiteia, em suma, a concessão da ordem, para que sejam revogadas as medidas protetivas de urgência.

O pleito liminar foi indeferido a fls. 68/70, dispensadas informações por parte da ilustre autoridade apontada como coatora. A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem, no parecer de fls. 77/81.

Relatei.

A presente ordem comporta **parcial concessão**.

Como registrado quando da análise do pleito liminar, tanto a r. decisão que concedeu as medidas de urgência, em 10/01/2023 (fls. 25/27 dos autos de origem), quanto a que, em 07/02/2024, negou o pedido de revogação (fl. 94 daqueles), se apresentam bem fundamentadas.

Da primeira, depreende-se fortes indícios do emprego de efetiva violência, constando do relato da ofendida que o acusado *"desferiu-lhe um soco, que, devido a depoente ter desviado, 'pegou de raspão', não deixando marcas, apenas ficando dolorido"* (fl. 26). Da segunda, constou a ausência de alteração no quadro fático que indique a desnecessidade das medidas e, ao contrário, a superveniência de condenação do acusado, justamente pelo crime de descumprimento de medidas protetivas.

Importa ressaltar que o *habeas corpus* não é a via adequada para o revolvimento do conjunto indiciário, descabida a avaliação aprofundada da declaração da ofendida reproduzida na impetração (fl. 3). De fato, o sopesamento dessa evidência no contexto do conjunto indiciário diretamente em segundo grau de jurisdição consistiria em indesejável supressão da competência do MM. Juízo de Conhecimento.

Dentro desses limites, cabe registrar que tal declaração não indica total desinteresse na manutenção das medidas protetivas, constando, ao contrário, que a ofendida *"não queria sua prisão, queria somente que ele deixasse a casa"* (fl. 3). Ademais, tal declaração, segundo informa a própria d. Impetrante, já foi analisada na origem, nos autos de n. 1501342-60.2023.8.26.0294, nos quais o

Acesso ao Sumário

Paciente foi condenado pelo crime de descumprimento de medida protetiva, justamente por não ter obedecido a ordem de afastamento do lar.

Contudo, relevante argumentação é levantada pela combativa Impetrante. Comprovou-se por documentos que a companheira do Paciente, que não é beneficiária de medidas protetivas, reatou seu relacionamento e mantém convivência marital com o Paciente, apesar do imposto afastamento do lar. Apontou-se, ainda, que o casal possui filhos menores, sendo importante sopesar seu interesse no convívio com o genitor. Mais ainda, registrou-se que, no mesmo imóvel, o Paciente mantinha estabelecimento comercial, cuja retomada beneficiaria o sustento familiar.

Destacou a d. Impetrante, mais ainda, que, o Paciente e a ofendida, sua sogra, viviam no mesmo imóvel, mas em unidades independentes, uma situada em cada andar do sobrado. Assim, assevera que o acesso ao lar não impediria o Paciente de cumprir com a manutenção da restrição de contato com a vítima.

Ocorreria, nessa hipótese, o retorno do Paciente ao imóvel que lhe pertence, a retomada da convivência com a companheira e com os filhos menores e o aproveitamento do estabelecimento comercial contíguo à residência. O Paciente, outrossim, se comprometeria a não manter contato com a ofendida, que tampouco seria perturbada na parte independente do imóvel que lhe serve de residência.

A medida guarda razoabilidade, mormente em vista de que a condenação pelo crime de descumprimento de medidas protetivas deu-se em razão de ele não ter deixado a residência, mas não em virtude de novo ato de violência ou ameaça.

Assim, embora lícita a conclusão contida na r. decisão atacada, segundo a qual o quadro que levou à decretação das protetivas não se desfez e indica a necessidade de manutenção das medidas, tenho que é possível sua flexibilização com manutenção razoável da proteção à integridade física e psicológica da ofendida.

De fato, esta c. Câmara tem precedentes em casos semelhantes, conforme citados pela d. Impetrante e que, por ilustrativos, merecem reprodução:

> "*Habeas Corpus* - Crimes de violência Doméstica - Pedido de readequação da medida protetiva quanto a distância mínima da ofendida - Residências próximas (mesmo condomínio) - Flagrante ilegalidade no direito de locomoção do paciente - Impossibilidade fática do cumprimento da medida imposta - Readequação parcial da medida para 10 metros de distanciamento, mantendo as demais restrições - Constrangimento configurado - Ordem parcialmente concedida" (TJSP, 4ª Câmara Criminal, HC n. 2101182-92.2023.8.26.0000, rel. Desa. Fátima Vilas Boas Cruz, j. 26.07.2023).
>
> *HABEAS CORPUS* - Medidas protetivas de urgência concedidas na ori-

Acesso ao Sumário

gem que não desobrigam o Impetrante/Paciente do dever de fiscalizar e participar da educação dos filhos - Guarda conjunta - Critérios de razoabilidade e proporcionalidade que permitem a flexibilização de parte das medidas impostas, a fim de possibilitar a participação do genitor nos eventos dos filhos que foram objeto do *writ* - Ordem parcialmente concedida (TJSP, 4ª Câmara Criminal, HC n. 2143557-11.2023.8.26.0000, de minha relatoria, j. 19/07/2023).

Nesse contexto, reputo suficiente a readequação das medidas protetivas de urgência, determinando-se ao Paciente: (i) a proibição de contato com a ofendida, por qualquer meio; (ii) a proibição de acesso do Paciente à área independente do imóvel na qual reside a ofendida; e (iii) a manutenção da distância mínima de 10 (dez) metros entre eles.

Assim, possibilita-se o retorno do Paciente ao imóvel em que reside, com retomada da vida conjugal com sua companheira, convivência com os filhos menores e reabertura do estabelecimento comercial, devendo, porém, furtar-se de qualquer tipo de contato ou aproximação com a ofendida.

Deverá, ademais, ser a ofendida intimada desta decisão **com urgência**, para que seja cientificada da presente readequação e, desejando, possa solicitar alterações, bem como para que fique ciente de que qualquer tipo de descumprimento por parte do Paciente deverá ser comunicado à autoridade policial, garantindo-se, assim, seu direito à integridade física e psicológica.

Diante do exposto, pelo meu voto **concede-se parcialmente a ordem** de *habeas corpus* impetrada, impondo-se em face do Paciente **D. M. G.** as medidas protetivas de urgência consistentes em (i) proibição de contato com a ofendida, por qualquer meio; (ii) proibição de acesso à área independente do imóvel na qual reside a ofendida; e (iii) manutenção da distância mínima de 10 (dez) metros da ofendida. À origem, para intimação da ofendida, **com urgência.**

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2062435-39.2024.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é paciente RODOLFO COUTINHO MOREIRA XAVIER, Impetrantes RALPH TORTIMA STETTINGER FILHO, MAYARA CRISTINA BONESSO DE BIASI e THIAGO AMARAL LORENA DE MELLO, é impetrado JUÍZO DA VARA DO JÚRI DA COMARCA DE CAMPINAS-SP.

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. Ralph Tórtima Stettinger Filho, e usou da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça, dr. Norberto Jóia.", de conformidade com o

voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.177)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente) e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 22 de abril de 2024.

LAERTE MARRONE, Relator

Ementa: "Habeas corpus" interposto contra decisão que permitiu a juntada, pelo Ministério Público, de parecer técnico, mesmo quando já encerrada a instrução (aguarda-se apenas o julgamento pelo Tribunal do Júri). 1. No processo penal, afigura-se possível, em regra, a juntada de documento em qualquer fase do processo, nos termos do artigo 231, do Código de Processo Penal. Norma que também se aplica ao procedimento para julgamento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, desde que observada a norma estampada no artigo 479, do Código de Processo Penal, vale dizer, a juntada há de se dar com antecedência mínima de 3 dias úteis (da data do julgamento), dando-se ciência à parte contrária. 2. A juntada do parecer pelo Ministério Público (que tem natureza de documento) se deu de acordo com essa sistemática. 3. Diante da dicção legal, o fato de já ter sido encerrada a instrução não constitui obstáculo à juntada de documento, desde que, insista-se, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa (STJ, AgRg no AREsp n. 2.450.449/BA, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 12/12/2023, DJe de 15/12/2023; AgRg no REsp n. 1.543.200/RS, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 27/10/2015, DJe de 13/11/2015; RMS n. 31.878/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 6/11/2012, DJe de 16/11/2012). 4. Trata-se de documento relevante ao deslinde da causa, não se divisando uma conduta, por parte do Ministério Público, protelatória ou tumultuária, ou com maltrato ao princípio da boa-fé objetiva. 5. O fato de se tratar de documento produzido unilateralmente não impede que seja juntado aos autos. Não se cuida, tecnicamente, de uma perícia, mas de uma manifestação versando sobre os dados

Acesso ao Sumário

já existentes no processo (inclusive a perícia oficial feita no corpo da vítima). Há que se atentar que, no processo penal, são admissíveis outros meios de prova além daqueles expressamente regulados no Código de Processo Penal, desde que não haja violação a princípio constitucional ou processual. 6. Não há que se falar em preclusão, diante da anterior decisão judicial. Não houve elaboração de nova perícia: o documento apresentado versa apenas sobre a interpretação das provas já produzidas. 7. Decisão judicial que mostrou preocupação em assegurar a paridade de armas. 8. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada.

VOTO

1. Trata-se de "habeas corpus", com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Ralph Tórtima Stettinger Filho, Thiago Amaral Lorena de Mello e Mayara Cristina Bonesso de Biasi em favor de Rodolfo Coutinho Moreira Xavier. Alegam, em suma: a) que o paciente responde a processo pela prática do delito de homicídio; b) em 02/04/2019, foi julgado e condenado; c) no 11/11/12019, ao julgar o recurso de apelação, o Tribunal de Justiça anulou o julgamento, determinando a realização de outro; d) foi designado o dia 20/06/2023 para a feitura do novo julgamento; e) sobreveio decisão judicial que adiou a data do julgamento, tendo a deliberação judicial assentado (inclusive em atenção ao pedido defensivo de exumação do corpo) que não há espaço para "nova discussão acerca do laudo necroscópico, na presente fase processual"; f) designou-se o dia 24/06/2024 para o julgamento; g) sobreveio manifestação do Ministério Público, juntando parecer elaborado pelo CAEX; h) diante da juntada da documentação, a defesa peticionou arguindo a ilegalidade da conduta ministerial, diante do teor da decisão judicial, postulando o desentranhamento do documento; i) foi editada decisão judicial (aqui hostilizada) que indeferiu o pedido da defesa. Sustenta a ilicitude da juntada aos autos da documentação, por parte do órgão acusatório, porquanto encerrada a produção de provas, gizando que houve, inclusive, um anterior julgamento. Além disso, não se trata de uma perícia oficial, consignando que a regra prevista no artigo 231, do Código de Processo Penal não é absoluta. Busca a concessão da ordem, *"para reconhecer a ilicitude do aludido documento realizado de forma unilateral pelo Ministério Público, determinando-se o seu desentranhamento dos autos"*.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 153/155).

A d. autoridade judicial prestou informações (fls. 159/160).

Manifestou-se a d. Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da or-

Acesso ao Sumário

dem (fls. 163/164).

É o relatório.

2. Inconsistente a impetração.

3. Discute-se, nesse "writ", a juridicidade da juntada aos autos, pelo órgão acusatório, de parecer técnico elaborado pelo CAEX versando sobre exame do cadáver - mais especificamente, se as lesões apresentadas pela vítima são compatíveis com a versão defensiva de que houve suicídio (fls. 1406/1453 dos autos de origem).

A decisão hostilizada veio assim vertida:

"(...)

Fls. 1455 e ss. Assiste razão ao Ministério Público, não se vislumbrando quaisquer prejuízos à Defesa ou excesso de Acusação, pela simples apresentação de laudo técnico complementar, o que também o é, decerto, permitido pela Defesa, caso assim entenda necessário, em respeito ao princípio processual da paridade de armas, conforme as bem lançadas razões do Ministério Público. Dessarte, não há fundamentação legal, por ora, para o desentranhamento requerido, porquanto não demonstrado o excesso probatório limitado pelo laudo judicial

(...)"

4. Pois bem, não se divisa o desacerto da decisão hostilizada.

Sabe-se que, no processo penal, afigura-se possível, em regra, a juntada de documento em qualquer fase do processo, nos termos do artigo 231, do Código de Processo Penal. Norma que também se aplica ao procedimento para julgamento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, desde que observada a norma estampada no artigo 479, do Código de Processo Penal, vale dizer, a juntada há de se dar com antecedência mínima de 3 dias úteis (da data do julgamento), dando-se ciência à parte contrária (cfr, por exemplo **GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ**, Processo Penal, RT, 5ª edição, pág. 495).

No caso em tela, a juntada do parecer pelo Ministério Público (que tem natureza de documento) **se deu de acordo com essa sistemática** - o documento foi encartado aos autos, com observância do prazo mínimo, tendo sido dada oportunidade para a defesa se manifestar (aliás, com bastante antecedência em relação ao julgamento).

Diante da dicção legal, o fato de já ter sido encerrada a instrução não constitui obstáculo à juntada de documento, desde que, insista-se, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa **(STJ, AgRg no AREsp n. 2.450.449/BA, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 12/12/2023, DJe de 15/12/2023; AgRg no REsp n. 1.543.200/RS, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 27/10/2015, DJe de 13/11/2015; RMS n. 31.878/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 6/11/2012, DJe de 16/11/2012)**.

Acesso ao Sumário

Assim sendo, a circunstância de ter havido um anterior julgamento (anulado) não está a empecer a juntada do documento (porquanto a relação processual ainda não está finda).

Verdade que a regra que permite a juntada de documento em qualquer fase do processo não se aplica no caso de a conduta assumir caráter protelatório ou tumultuário (**RENATO BRASILEIRO DE LIMA**, Código de Processo Penal Comentado, Editora JusPODIVM, 6ª edição, pág. 746), bem como no caso de a parte ter agido de má-fé **(STJ, AgRg no REsp n. 897.338/PR, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 17/9/2009, DJe de 19/10/2009)**.

Na hipótese, o documento guarda relevância para o deslinde da causa, não tendo a juntada ocasionado tumulto no processo.

E não se divisa que o procedimento do Ministério Público tenha olvidado o dever de lealdade processual - concretizado pelo postulado da boa-fé objetiva. Veja-se que o Ministério Público expressamente se manifestou no sentido de que desejava o adiamento do julgamento, concedendo-se prazo para que pudesse apresentar manifestação do CEAE (fls. 1067/1073 dos autos de origem), inclusive porque a defesa havia juntado documentação (fls. 1043/1053 dos autos de origem). Ou seja, a defesa tinha ciência do que o órgão acusatório pretendia fazer.

Aliás, a defesa chegou a juntar documentos após o encerramento da instrução, conduta que agora censura (porque realizada pela outra parte). Importa salientar, nesse passo, que o **princípio da boa-fé objetiva** veda a adoção de comportamentos contraditórios, o chamado "venire contra factum proprium" **(STJ, RHC nº 41.316/SP, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 20/11/2014, DJe de 12/12/2014; HC nº 206.706, rel. Min. Og Fernandes; HC nº 121.308/MG, relator Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, julgado em 6/12/2011, DJe de 3/2/2012; AgRg no HC nº 808.230/PE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/6/2023, DJe de 14/6/2023; AgRg no RHC nº 171.297/RN, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 14/3/2023; AgRg no HC nº 477.933/RN, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 23/4/2019, DJe de 10/5/2019; STF, HC nº 108.476, relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 27/03/2012, DJ de 16/04/2012; HC nº 217.694 AgR, relator Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 22/08/2022, DJ de 24/08/2022)**

Por sua vez, o fato de se tratar de documento produzido unilateralmente não impede que seja juntado aos autos. Não se cuida, tecnicamente, de uma perícia, mas de uma manifestação versando sobre os dados já existentes no processo (inclusive a perícia oficial feita no corpo da vítima). Há que se atentar que, no

Acesso ao Sumário

processo penal, são admissíveis outros meios de prova além daqueles expressamente regulados no Código de Processo Penal, desde que não haja violação a princípio constitucional ou processual (**VICENTE GRECO FILHO**, Manual de Processo Penal, Saraiva, 7ª edição, pág. 188). Na verdade, **"além dos meios de prova especificados na lei (nominados), também se admite a utilização de todos aqueles meios de prova que, embora não previstos no ordenamento jurídico (inominados), sejam lícitos e moralmente legítimos"** (**RENATO BRASILEIRO DE LIMA**, Código de Processo Penal Comentado, Editora JusPODIVM, 6ª edição, pág. 560).

E não há que se falar em preclusão, diante da anterior decisão judicial. Não houve elaboração de nova perícia: o documento apresentado versa apenas sobre a interpretação das provas já produzidas, como explicitado na decisão judicial.

Registre-se, por fim, que o magistrado, preocupado com a paridade de armas, **inclusive fez consignar na decisão que a defesa também tem a oportunidade de juntar parecer técnico**.

5. Enfim, não se divisa ilegalidade a ser reparada.

6. Ante o exposto, **denego a ordem.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2077257-33.2024.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que são impetrantes ROMULO MARTINS NAGIB, LUCIANO FELÍCIO FUCK e GUSTAVO MENDES e Paciente MARCO AURÉLIO TOTI.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONHECEMOS e DENEGAMOS a presente ordem de HABEAS CORPUS. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.614)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVANA DAVID (Presidente sem voto), FREITAS FILHO e MENS DE MELLO.

São Paulo, 24 de abril de 2024.

FERNANDO SIMÃO, Relator

Ementa: *Habeas corpus* - Alegação de constrangimento ilegal decorrente da realização de ação controlada sem a prévia comunicação à autoridade judicial competente - Pedido de declaração de ilicitude da ação controlada e de nulidade de todos os atos subsequentes - Necessidade de uma análise mais detida, para

Acesso ao Sumário

não abortar o regular desfecho da instrução criminal - Imprescindibilidade da avaliação do seu todo, para ser decidido se realmente se desencadeava uma ação policial controlada ou apenas diligências investigativas com finalidade de desvendar autoria e materialidade criminosa - Não é o momento apropriado para conclusão segura de ter havido omissão da autoridade investigativa - Ordem denegada.

VOTO

Os Advogados **ROMULO MARTINS NAGIB, LUCIANO FELÍCIO FUCK e GUSTAVO MENDES** impetram o presente pedido de *HABEAS CORPUS*, sem pedido de liminar, em favor de **MARCO AURÉLIO TOTI**, alegando a ocorrência de constrangimento ilegal por parte do MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Piracicaba, nos autos do processo n. 0001577-28.2017.8.26.0451.

Alegam, em síntese, que o paciente sofre constrangimento ilegal decorrente de investigação policial, em razão de ter sido realizada ação controlada sem a prévia comunicação à autoridade judicial competente.

Pleiteiam, assim, a declaração de ilicitude da ação controlada e de nulidade de todos os atos subsequentes.

Não havendo pedido liminar, as informações foram prestadas (fls. 243/246) e a d. Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 250/252).

É o relatório.

A autoridade policial foi a campo, em trabalho investigativo amplo, apercebendo-se ter solicitado ao juízo, pelo Ministério Público, a interceptação telefônica, cuja decisão está nas fls. 11/15.

O magistrado fundamentou: *"as diligências levadas a efeito até o presente momento indicam, em tese, a existência de aprimorada organização criminosa para a exploração de jogos de azar, com a contratação de técnico específico para manter os equipamentos em pleno funcionamento; há, inclusive, a informação de que os equipamentos contam com dispositivo que dissimulam o jogo de azar, funcionando temporariamente como videogame por acionamento de um controle remoto. O suspeito, técnico em informática, utiliza automóvel registrado em nome de pessoa jurídica pertencente a parente dos irmãos Toti, durante a campana foi verificado que outra pessoa, conduzindo um carro (VW/ Saveiro branca com o adesivo Euro Som) que seria de propriedade de outra empresa, que como sócio Marco Aurélio Toti. O informante das autoridades solicitantes declarou que participou por certo período do esquema, que remonta, como dito, a envolvimento de agentes públicos e de crimes de roubo de equipa-*

Acesso ao Sumário

mento entre quadrilhas rivais. Como bem salientado pelos solicitantes, eventual medida de busca e apreensão no atual estágio poderia, quando muito, apurar eventual materialidade de parte dos delitos narrados, sem a possibilidade de apurar divisões de tarefas e a hierarquia da organização criminosa, constituída em tese de empresas regularmente constituídas. Nestes termos, em se tratando de condutas em que se aplica pena de reclusão e não existindo no atual momento outros meios de provas a serem produzidas para o aprofundamento das diligências; considerando, ainda, que procedimento estancou em etapa em que as diligências requeridas se mostram imprescindíveis para o seu prosseguimento, DEFIRO em parte os requerimentos formulados".

É de ficar admitido que, numa primeira vista, a tese dos impetrantes empolga qualquer estudioso do direito, mas uma análise mais detida, no âmbito em que se coloca, mister se faz a imprescindível cautela, para não abortar o regular desfecho da instrução criminal. Isso porque é da avaliação do seu todo que, com segurança, poderá ser decidido se realmente se desencadeava uma ação policial controlada, ou apenas diligências investigativas com finalidade de desvendar autoria e materialidade criminosa.

Não é o momento apropriado para conclusão segura de ter havido omissão da autoridade investigativa. Pode até ser que a busca da autorização judicial para interceptação telefônica legitime todas as diligências realizadas, ou não. Isso deverá ser avaliado no contexto mais amplo da ação penal, respeito o devido processo legal.

Ante o exposto, por meu voto, **CONHEÇO e DENEGO** a presente ordem de *HABEAS CORPUS.*

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2328668-68.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante IGREJA UNIVERSAL DO REINO DE DEUS, é impetrado MM. JUIZO DE DIREITO DO DEPARTAMENTO DE INQUÉRITOS POLICIAIS DIPO 3 - SEÇÃO 3.2.2 - FORO CRIMINAL BARRA FUNDA.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal 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 31.062)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVANA DAVID (Presidente), FERNANDO SIMÃO e FREITAS FILHO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 10 de abril de 2024.
IVANA DAVID, Relatora

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL, NÃO VISLUMBRANDO O MINISTÉRIO PÚBLICO INDÍCIOS SUFICIENTES PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO PENAL - IMPETRAÇÃO PELA VÍTIMA VISANDO A REMESSA DOS AUTOS À PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA.
DESCABIMENTO DA IMPETRAÇÃO - TITULARIDADE PRIVATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO PENAL - ARTIGO 129, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ARTIGO 28 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.964/19 COM EFICÁCIA SUSPENSA POR DECISÃO PROFERIDA EM SEDE CAUTELAR NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADIS) 6298, 6299, 6300 E 6305 - DECISÃO DEFINITIVA NAS ADIS A ADMITIR IMPUGNAÇÃO DA VÍTIMA SOMENTE EM CASO DE PATENTE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA PROFERIDA QUANDO JÁ PROMOVIDO O ARQUIVAMENTO DESTES AUTOS - ADOÇÃO DA REGRA DO *TEMPUS REGIT ACTUM* - ARTIGO 2º DO CPP - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - SEGURANÇA DENEGADA.

VOTO

Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado pela **IGREJA UNIVERSAL DO REINO DE DEUS** contra ato do MM. Juízo de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais da comarca da Capital - DIPO 3.2.2 que, nos autos do Inquérito Policial nº 1538349-13.2021.8.26.0050, homologou a proposta de arquivamento efetuada pelo Ministério Público.

Após defender o cabimento e legitimidade para o impetrar o presente *mandamus*, diz, em suma, que requerido o arquivamento do Inquérito Policial pelo Ministério Público houve deferimento, e que apresentadas novas provas pelo impetrante à Autoridade Policial, foi requerido por esta o desarquivamento do feito, nos moldes do artigo 18 do Código de Processo Penal, manifestando-se o Ministério Público, contudo, pelo retorno dos autos ao arquivo. Diz que o arquivamento é teratológico e que possui direito líquido e certo ao prosse-

Acesso ao Sumário

guimento das investigações, uma vez que há indícios suficientes de autoria e materialidade delitivas. Postula, ao final, pela cassação da decisão impugnada e remessa do Inquérito Policial à Procuradoria Geral de Justiça, nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal (fls. 01/37).

Processado o pedido (fls. 380/383) e prestadas as informações (fls. 387/390), ingressaram nos autos os interessados MARIA FERNANDA RODRIGUES PELLEGRINO e WAGNER LUIZ PELLEGRINO pugnando pelo não conhecimento da impetração e, no mérito, pela denegação da segurança (fls. 393/404).

Posteriormente, os autos foram encaminhados a d. Procuradoria Geral de Justiça que opinou pela denegação da segurança (fls. 514/517), vindo os autos conclusos a esta relatoria.

É o relatório.

A impetração não merece acolhida.

No caso, cumprindo breve relato, é de se verificar que a impetrante-vítima ***IGREJA UNIVERSAL DO REINO DE DEUS*** apresentou parecer técnico, acompanhado de documentos, apontando relação negocial junto à empresa STUDIO4, cujo objetivo era a assessoria na regularização do patrimônio imobiliário, atuando como colaboradoras da IURD as investigadas KÁTIA GUERREIRO e NAYARA RAMOS, asseverando, ainda, que as propostas enviadas pela empresa de arquitetura tinham a participação de suas colaboradoras na preparação e envio, caracterizando, assim, conluio para a prática fraudulenta, gerando prejuízos financeiros à vítima.

Assim, aos 10 de novembro de 2021, a instituição religiosa apresentou *notitia criminis*, representando contra os responsáveis pelo escritório de arquitetura e suas colaboradoras, para melhor apuração dos fatos apontados por ela como criminosos (fls. 95/129 e 131/165 dos autos principais).

Instaurado o Inquérito Policial e colacionados aos autos cópias de instrumentos particulares (fls. 03/31, 49/72, 184/215, 354/417, 559/570), parecer técnico (fls. 73/91, 418/436), cópias de mensagens eletrônicas (fls. 175/183, 318/323), procedimentos de contratação por parte da impetrante (fls. 216/317), ata notarial (fls. 324/353), RRTs (fls. 491/495), relatório de investigação (fl. 576) e produzidas prova oral (fls. 38/43, 489/490, 557/558 dos autos principais), elaborado o relatório final pela autoridade policial (fls. 597/606 da ação penal), a Defesa de Maria Fernanda Pellegrino e Wagner Luiz Pellegrino apresentou cópias de notificações extrajudiciais e de ações promovidas na esfera cível questionando a contratação e referido pagamento (fls. 615/727 dos autos principais).

Na sequência, o Ministério Público requereu oitivas complementares, devidamente cumpridas (fls. 824/825, 827 dos autos principais), advindo, enfim, a manifestação pelo arquivamento das investigações, ao fundamento em suma de que *"[...] além de suspeitas, não há nada nos autos que corrobore a alegação*

Acesso ao Sumário

de que a empresa foi constituída indevidamente, a pedido de KATIA, para que ela, NAYARA, e os sócios da empresa obtivessem vantagem ilícita em prejuízo da IGREJA UNIVERSAL. Além de ausência de provas de favorecimento indevido ou de violação as regras de contratação, também não há nos autos elementos que comprovem superfaturamento, que os serviços não foram prestados ou ainda não eram necessários. É adequado mencionar que, nos autos de embargos à execução nº 1080635-10.2021.8.26.0100, a perita judicial informou que o contrato havia sido cumprido e que o preço apresentado pela STUDIO4 estava condizente com o mercado, indicando não haver evidências de fraude no relacionamento entre as empresas (fls. 789/792 dos referidos autos). Não custa ressaltar que, ao que consta, os contratos foram aprovados pelos representantes da IGREJA UNIVERSAL, superiores hierárquicos à NAYARA e KATIA. Portanto, a análise do acervo informativo revelou que os fatos apresentam contorno de desavença civil, porquanto restam ausentes elementos para se imputar conduta dolosa fraudulenta a qualquer dos averiguados. Dessa forma, promovo o arquivamento dos presentes autos, ressalvado o previsto pelo art. 18 do Código de Processo Penal." (fls. 836/842 dos autos principais).

Por decisão proferida em 1º de agosto de 2023, o arquivamento foi acolhido pelo MM. Juízo *a quo* (fls. 844/846 dos autos principais).

E apresentadas novas provas pela empresa vítima, a autoridade policial pugnou pelo desarquivamento do Inquérito Policial por entender que não esgotaram os meios de apuração da materialidade e autoria delitiva (fls. 876/941), os quais não tiveram o condão de mudar o convencimento exarado pelo Ministério Público, uma vez que não apresentados fatos novos a modificar seu posicionamento (fls. 944 e 956 dos autos principais).

Mantido, assim o arquivamento dos autos do Inquérito Policial (fl. 960 dos autos principais).

Desde logo, se faz o registro de que a decisão combatida, no caso, se mostrou motivada, expostas as razões de decidir de maneira a satisfazer assim a exigência constitucional (art. 93, IX da CF) sem embargo da sua concisão, cabendo lembrar a licitude da fundamentação *ad relationem*, quando a decisão judicial faz remissão aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (AgReg no HC nº 133.244/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. em 15.3.2016), lembrado também que nem exige a Constituição que sejam corretos, no entender das partes, os fundamentos da decisão **(AgReg no Ag no RE 1.244.250/RJ, rel. Min. Edson Fachin, DJe 10.9.2021; AgReg no ARE n. 1.107.224/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 4.10.2018)**.

De se notar, ainda, que conforme bem obtemperado pelo Ministério Público, a questão está sendo discutida na esfera cível e não havendo indícios de emprego de artifício fraudulento a induzir a impetrante em erro, para a obtenção de vantagem indevida, não haveria se falar em ilícito penal, culminando, assim,

Acesso ao Sumário

com o arquivamento.

Não se vislumbra aqui patente ilegalidade ou decisão teratológica.

De todo modo, cabe destacar que vige no Processo Penal a regra do *tempus regit actum*, nos termos do artigo 2º do referido diploma.

Certo que, desde a edição do Código de Processo Penal em 03 de outubro de 1941 o instituto do arquivamento passou a ser previsto no artigo 28, valendo trazê-lo à colação: *"Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender."*

Assim, observado também o disposto no artigo 10, §1º, do Código de Processo Penal, após apresentação de relatório final pela autoridade policial, os autos serão remetidos à autoridade judiciária, que, em caso de ação penal pública incondicionada, os encaminhará ao Ministério Público.

Caberia então ao órgão analisar o acervo do inquérito e, entendendo pela demonstração de prova da materialidade e indícios de autoria, oferecer denúncia, nos termos do artigo 41 do Código de Processo Penal. Caso contrário, poderia, solicitar novas diligências, conforme artigo 16 do Código de Processo Penal, ou, finalmente, promover o arquivamento do inquérito, por ausência de justa causa.

Neste caso, o juiz, ao receber a manifestação ministerial, poderia homologar o arquivamento ou, em caso de discordância, remeter os autos ao Procurador Geral de Justiça, que poderia então oferecer denúncia, em nome próprio ou por delegação a outro Promotor, ou concordar com o arquivamento, o que vinculava o Magistrado.

O arquivamento do inquérito policial era ato complexo, submetido à manifestação de vontade do Ministério Público, titular da ação penal, e do Juiz competente para a ação. Esta decisão se mostrava irrecorrível, de modo que apenas poderia haver reinício da investigação com apresentação de novas provas, de acordo com o entendimento sumulado do c. STF: *"Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas"* - Súmula nº 524.

No entanto, com o advento da Lei nº 13.964/19, que entrou em vigor em 21 de janeiro de 2020, nova redação foi dada ao dispositivo, passando a dispor que:

> *"Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e*

Acesso ao Sumário

encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

§ 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial."

Portanto, de acordo com a nova redação, finalizado o inquérito policial e remetidos os autos ao Ministério Público, além da nova possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal (v. artigo 28-A, do Código de Processo Penal), caso entenda pelo arquivamento, caberá ao órgão comunicar a vítima, o investigado e a autoridade policial, remetendo os autos à instância de revisão ministerial para fins de homologação.

A vigência do dispositivo, no entanto, foi suspensa em 22 de janeiro de 2020 em decisão cautelar proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305 pelo Ministro Luiz Fux por tempo indeterminado, e assim permaneceu até o julgamento do mérito pelo Pleno em 24 de agosto de 2023, cujo acórdão foi publicado em 19 de dezembro de 2023.

Vale ressaltar que, no julgamento, o c. STF atribuiu interpretação conforme ao dispositivo para assentar que *"ao se manifestar pelo arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público* ***submeterá sua manifestação ao juiz competente e comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial****, podendo encaminhar os autos para o Procurador-Geral ou para a instância de revisão ministerial, quando houver, para fins de homologação, na forma da lei, vencido, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, que incluía a revisão automática em outras hipóteses. (g) Ao mesmo tempo, assentou-se a interpretação conforme do artigo 28, § 1º, para assentar que,* ***além da vítima ou de seu representante legal, a autoridade judicial competente também poderá submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, caso verifique patente ilegalidade ou teratologia no ato do arquivamento.****"* (grifo nosso) STF. Plenário. ADI 6.298/DF, ADI 6.299/DF, ADI 6.300/DF e ADI 6.305/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgados em 24/08/2023.

Acesso ao Sumário

Assim, apenas a partir desse momento passou a ser aplicada a nova redação do artigo 28 do Código de Processo Penal, garantindo-se agora comunicação à vítima sobre o arquivamento e a possibilidade dela requerer a remessa dos autos à instância de revisão ministerial.

Todavia, no caso em análise o arquivamento foi promovido em 1º de agosto de 2023, enquanto ainda estava vigente a redação antiga do dispositivo, inexistindo, portanto, direito líquido e certo da vítima ao desarquivamento do inquérito, cabendo a ela apenas apresentar novas provas ou requerer novas diligências à autoridade policial, se esta entender cabível, nos termos do artigo 14 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido inclusive o entendimento do STJ (AgRg no RMS n. 69.770/DF, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 23/10/2023; AgRg no RMS n. 70.520/RS, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 18/9/2023) e deste Tribunal (Mandado de Segurança Criminal 2277499-42.2023.8.26.0000, Rel. Des. Camargo Aranha Filho, 16ª Câmara de Direito Criminal, j. em 18/12/2023; Mandado de Segurança Criminal 2248080-74.2023.8.26.0000; Rel. Des. Tetsuzo Namba, 11ª Câmara de Direito Criminal, j. em 06/12/2023).

Assim, inexistindo direito líquido e certo da vítima à reabertura do inquérito, bem como afastada patente ilegalidade ou teratologia a ser remediada, a decisão de 1ºgrau deve ser mantida.

Ante o exposto, denega-se o mandado de segurança.

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0002456-05.2016.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que são recorrentes WASHINGTON ADÃO DE SOUZA e JULINHO TUPÃ DA SILVA, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso em sentido estrito, restando mantida a r. decisão monocrática que determinou o julgamento dos réus pelo Tribunal do Júri como incursos no artigo 121, §2º, incisos I, III e IV, c.c. o artigo 29, ambos do Código Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5.096)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO SALE JÚNIOR (Presidente) e GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI.

São Paulo, 13 de março de 2024.

CHRISTIANO JORGE, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. Pro-

Acesso ao Sumário

núncia. Homicídio qualificado (artigo 121, §2°, incisos I, III e IV, c.c. o artigo 29, ambos do Código Penal). Insurgência defensiva. Presença de elementos informativos e probatórios suficientes a lastrear a pronúncia dos réus. Para a decisão de pronúncia, embora se exija juízo de convencimento quanto à materialidade, basta a existência de indícios de autoria. Qualificadoras imputadas que encontram razoável coerência com a prova, não sendo manifestamente impertinentes. Competência do Tribunal do Júri. Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto contra decisão proferida pela Meritíssima Juíza de Direito da 3ª Vara do Júri do Foro Central Criminal da Capital (fls. 506/511) pela qual os réus foram pronunciados para serem submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri como incursos no artigo 121, §2º, incisos I, III e IV, c.c. o artigo 29, ambos do Código Penal.

Interpuseram os réus recurso em sentido estrito (razões às fls. 682/695), pugnando pela impronúncia ante a ausência de provas da autoria, ressaltando ter a decisão de pronúncia se baseado unicamente nos depoimentos indiretos de testemunhas, com base em meros boatos, rumores e afirmações de "ouvi dizer". Subsidiariamente, requerem o afastamento das qualificadoras do motivo torpe e do recurso que impossibilitou a defesa da vítima.

Contrarrazões ministeriais às fls. 698/704, pela manutenção da r. decisão.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento, conforme parecer acostado às fls. 727/729.

Opôs-se a defesa ao julgamento virtual, manifestando o interesse de realizar sustentação oral (fl. 724).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Foram pronunciados os réus como incursos no artigo 121, §2º, incisos I, III e IV, c.c. o artigo 29, ambos do Código Penal, porque, conforme consta da denúncia e de seu aditamento (fls. 01/03 e 60/63), entre os dias 08 e 09 de maio de 2016, em horário incerto, no interior da Aldeia Guarani Tenondé Porã, situada na estrada João Lang, nº 153, Barragem, Parelheiros, nesta Capital, agindo com *animus necandi*, em concurso com o adolescente *F. V. S.*, mediante asfixia e por motivo torpe e, ainda, mediante dissimulação e de forma a impedir a defesa da vítima, mataram Adilson Benites (nome étnico: Xandoro).

Nos termos do artigo 413 do Código de Processo Penal: "*O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato*

Acesso ao Sumário

e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.".

Assim, a decisão de pronúncia não se baseia em juízo de certeza quanto ao cometimento do crime doloso contra a vida pelos acusados, mas sim de prelibação, bastando a existência de provas de materialidade e indícios de autoria para a pronúncia e consequente submissão dos réus ao julgamento pelo rito do Júri.

Sobre o assunto, as sempre lúcidas lições de José Frederico Marques esclarecem:

> *"O crime precisa estar provado e a autoria necessita ser pelo menos provável. Donde se infere que a expressão indícios está empregada com o sentido de prova levior a funcionar 'como sub-rogado processual da certeza': uma vez que se não tem, como fato certo, a autoria imputada ao réu, basta, para a pronúncia, a suspeita razoável do fato.*
> *Prova da existência do crime significa certeza do crime. Suspeita razoável da autoria traduz, por outro lado, a probabilidade de ser o réu o autor do crime".*[1]

O também saudoso mestre e Príncipe do Júri brasileiro e bandeirante, Hermínio Alberto Marques Porto, sobre o tema, afirmou com precisão:

> *"O ajuizamento, feito pela decisão de pronúncia, no tocante à autoria, não necessita chegar à formação de um convencimento absoluto, devendo ficar, no tocante à explicitação, limitado à apresentação de dados que representem indícios de ser o acusado o autor dos fatos descritos pela inicial, dados que justifiquem a possiblidade de ser a autoria reconhecida pelos jurados."*[2]

Logo, afastam-se os argumentos defensivos concernentes à suposta inexistência de provas demonstrativas da autoria dos réus no crime pelo qual foram pronunciados, porquanto sequer caberia à MM. Magistrada *a quo* realizar o pretendido juízo exauriente no tocante à autoria.

Postas as premissas, passa-se à análise do caso.

Conforme se apurou na investigação criminal e na primeira fase (*iucidium accusationis*) do procedimento do Tribunal do Júri, há convincentes provas da materialidade e suficientes elementos indicativos da autoria dos réus.

Com efeito, a materialidade delitiva está devidamente comprovada pela portaria de fl. 05, boletins de ocorrência de fls. 06/11 e 14/16, laudo de exame pericial necroscópico de fls. 127/130 - pelo qual se atestou ter se dado a *causa mortis* em decorrência de "asfixia mecânica por constrição cervical" - laudo pericial de fls. 155/163, bem como pelos depoimentos prestados na fase inquisitorial e em juízo.

1 MARQUES, José Frederico. *A Instituição do Júri.* Atualizado por PORTO, Hermínio Alberto, GONÇALVES NETTO, José Canosa e MARQUES DA SILVA, Marco Antonio. Campinas: Bookseller, 1997, p. 366.

2 PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri. Procedimentos e aspectos do julgamento.* Questionários. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 81

Acesso ao Sumário

E os indícios são veementes apontando os réus como sendo os supostos autores da empreitada criminosa, isto é, teriam Washington Adão (Xaká) e Julinho Tupã (Vera Miri) desferido socos e pontapés, bem como asfixiado a vítima.

O adolescente *F. V. S.*, acompanhado de seu curador legal, o cacique Nelson Soares, afirmou em sede inquisitiva que estava na companhia dos réus no dia dos fatos, quando Washington teria dito que o ofendido Adilson "mexeu com sua esposa". Diante disso, armaram uma emboscada e abordaram o ofendido para utilizarem cocaína juntos. Em determinado momento, agrediram fisicamente Adilson, "para dar-lhe um corretivo". Segundo *F.*, Adilson "apanhou bastante" e caiu inconsciente no chão. Retornaram para a aldeia, deixando a vítima desfalecida no local. Washington retornou para o lugar depois, na posse de um cadarço (fl. 09).

O réu Julinho Tupã (Vera Miri), na delegacia de polícia, corroborou as declarações de *F.*, dizendo que "apenas desferiu um soco na vítima Adilson e a deixou caída no solo" (fl. 09).

O réu Washington (Xaká), na unidade policial, afirmou que no dia 08 de maio de 2016, por volta das 09h, encontrava-se na aldeia ingerindo bebidas alcoólicas na companhia de *F.*, Juninho e Adilson, sobrevindo um desentendimento entre estes. Em razão disso, *F.* teve a ideia de levar Adilson até o matagal para baterem nele. Então, já fora da aldeia, passaram a golpear o ofendido com socos e pontapés, até que ele caiu no chão, desacordado. Mesmo assim, continuaram batendo nele e, ao perceberem já estar Adilson praticamente morto, Washington afirmou ter se apossado de um pedaço de fio levado por *F.* e passado a enforcar Adilson, "acreditando que, como já estava praticamente sem vida, iria acelerar sua morte". Os fatos duraram aproximadamente trinta minutos. Deixaram o corpo de Adilson no local, após se certificarem de sua morte. No dia seguinte, soube ter sido encontrado o corpo da vítima (fls. 17 e 20/21).

A testemunha Dinarte Benites Guarani, tio da vítima, na fase inquisitiva, afirmou que, na data dos fatos, *F.* estava embriagado e afirmou ter, na companhia dos acusados, "assassinado seu sobrinho Adilson". A testemunha afirmou não ter acreditado nas palavras de *F.*, porém, ao verificar o local apontado pelo adolescente, localizou a vítima Adilson com marcas de agressões físicas e um cordão amarrado no pescoço, já sem vida. Relatou desconhecer o motivo do crime (fls. 09/10).

A testemunha Surma Rete Benite Vidal, companheira do réu Washington, disse perante a autoridade policial não deter relação de amizade com o ofendido Adilson, bem como jamais ter relatado ao seu companheiro ter a vítima "mexido com sua pessoa". Não sabe o que se deu, tampouco qual teria sido a motivação do crime. Esclareceu, ainda, ser Washington usuário frequente de álcool e drogas, mesmo sendo tal conduta proibida no interior da aldeia (fls. 34/35).

A testemunha Fernando Macena de Lima, indigenista especializado e

Acesso ao Sumário

atuante na FUNAI, em juízo, disse ter sido acionado pela comunidade da aldeia a fim de prestar-lhe acompanhamento. Sobre os fatos, foi-lhe relatado apenas ter sido o homicídio praticado mediante asfixia pelo réu Washington e os outros rapazes, menores de idade, cujos nomes não se recorda. Teve contato com os menores na delegacia, oportunidade na qual eles confessaram o crime e o envolvimento de Washington (fl. 508).

A testemunha Adriano Simão de Oliveira, policial militar, disse ter sido acionado via COPOM a respeito de um "encontro de cadáver" na aldeia. Chegando no local com seu parceiro, depararam-se com o cacique da aldeia "de posse" de dois indivíduos que teriam confessado a autoria do crime. Deslocaram-se até o local do ocorrido, com base nas indicações passadas pelos líderes indígenas. Indagados informalmente por seu parceiro, os dois indivíduos confessaram o delito. Segundo a testemunha, um dos responsáveis pelo crime se encontrava foragido na ocasião, porém não se recorda qual deles. Os dois autores que ali estavam foram conduzidos à delegacia. O corpo da vítima se encontrava na pista da estrada de terra, levado pelos próprios indígenas.

A testemunha Antônio Carlos Silva Almeida, policial militar, disse estar em patrulhamento quando foram noticiados do ocorrido. Na aldeia, foram levados para uma sala de reunião, de onde saiu o cacique com duas pessoas e outros indígenas ao seu redor. O cacique afirmou terem sido as duas pessoas as autoras do homicídio do jovem encontrado na beira da estrada, além de um terceiro indivíduo, o qual estava foragido, sendo posteriormente encontrado em outra aldeia indígena, no litoral sul do estado de São Paulo. Dirigiu-se até o local indicado, onde avistou o corpo de um jovem com vários hematomas, o qual, segundo os indígenas, foi encontrado a cerca de um quilômetro, "no mato". Neste lugar, não encontrou "roupas, marcas de sangue, cápsulas de arma ou vestígios de luta". Soube ter o terceiro indivíduo, então foragido, se apresentado à Polícia posteriormente. Os dois presentes na ocasião confessaram informalmente o delito, motivado em razão de a vítima ter assediado a esposa de um deles. Disseram pretender apenas espancar o ofendido, o qual veio a falecer (fls. 508/509).

Karaí Oka, ouvido em juízo na qualidade de informante por ter relação de parentesco com os acusados, soube ter havido um crime praticado por Xaká, Julinho e o filho de N., informação difundida por toda a aldeia. Desconhece terem os acusados confessado a autoria do crime, bem como qual teria sido a motivação para a prática do delito (fl. 509)

A testemunha N. S., pai do adolescente *F.*, disse ter tomado ciência dos fatos através de sua ex-esposa, mãe de *F.*, a qual relatou o envolvimento do filho em um homicídio, juntamente com Xaká e Julinho (fl. 509).

Karaí Tataendy, ouvido em juízo na qualidade de informante por ter relação de parentesco com Xaká (Washington), soube por outras pessoas do desaparecimento de um jovem. Posteriormente, tomou conhecimento de sua morte,

Acesso ao Sumário

sendo os responsáveis pelo crime *F.*, Xaká e Julinho, desconhecendo, porém, o motivo para tanto (fl. 509).

Tupã Mirîju, ouvido em juízo na qualidade de informante por ter relação de parentesco com Xaká (Washington), soube da prática de um homicídio por parte de Xaká, Julinho e *F.*, com envolvimento da Polícia (fl. 509).

Jera Poty Mirî, ouvida em juízo na qualidade de informante por ter relação de parentesco com Xaká (Washington), disse exercer função de liderança na aldeia. Relatou que os réus Xaká e Tupã tinham problemas com abuso de álcool e outras drogas. Soube dos fatos em uma reunião com outras pessoas da aldeia, ocasião na qual uma familiar de *F.* relatou ter o adolescente contado à família ter feito "algo de muito ruim para Xandoro (Adilson)", juntamente de Xaká e Julinho. As lideranças passaram a apurar os fatos e encontraram o corpo da vítima, sendo acionada a Polícia Militar. Afirmou acreditar ter sido o motivo do crime o abuso de álcool e de drogas por parte dos acusados (fls. 509/510).

Para a decisão de pronúncia, mero juízo de admissibilidade da acusação, exige-se tão somente a existência da prova da materialidade do fato e indícios suficientes de autoria. E esses dois requisitos estão presentes. Assim, bem decretada a pronúncia dos recorrentes, restando, aqui, prestigiada. Ressalte-se que nesta fase processual prevalece o princípio "in dubio pro societate".

Cumpre mencionar, aliás, que por se tratar de juízo sumário da culpa, descabe realizar-se, na decisão de pronúncia, o aprofundamento do mérito, sob risco, inclusive, de influenciar indevidamente a futura sentença a ser proferida pelo Conselho de Sentença.

Noutras palavras, nos processos que envolvem crimes dolosos contra a vida, o Tribunal do Júri é o juiz natural, com atribuição constitucionalmente reconhecida, e, portanto, incumbe-lhe apreciar, a partir do convencimento desmotivado, a suficiência ou não de provas demonstrativas da autoria delitiva.

Portanto, conforme alhures exposto, a mera existência de indicativos da autoria dos recorrentes no homicídio qualificado, somada à presença nos autos de provas substanciais acerca da materialidade delitiva, é bastante a embasar a decisão de pronúncia.

Acesso ao Sumário

A esse respeito, confira-se recente julgado do E. Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO SIMPLES TENTADO. PRONÚNCIA. LEGÍTIMA DEFESA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO CABAL. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA DELITIVA. DESCLASSIFICAÇÃO PELA AUSÊNCIA DE ANIMUS NECANDI. NÃO CABIMENTO NO CASO DOS AUTOS. COMPETÊNCIA DO JÚRI. A EXCLUSÃO DO JULGAMENTO DA CAUSA PELO ÓRGÃO POPULAR SOMENTE PODERÁ OCORRER

QUANDO NÃO HOUVER ABSOLUTAMENTE NENHUM ELEMENTO QUE INDIQUE A PRESENÇA DO DOLO DE MATAR, DIRETO OU INDIRETO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Constituição da República conferiu ao Tribunal do Júri a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, consumados e tentados, e assegurou-lhe a soberania dos vereditos. Em respeito ao princípio do juiz natural, a decisão de pronúncia consubstancia mero juízo de admissibilidade da acusação, consoante o disposto no art. 413 do CPP. Para que o acusado seja pronunciado, basta que o juiz esteja convencido da materialidade do delito e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

2. No caso dos autos, o Magistrado de primeira instância, fundado nas evidências do processo, quanto à materialidade, consignou que ela foi demonstrada pelo laudo traumatológico que atestou as lesões na vítima. Em relação à autoria, asseverou que esta fora corroborada pela oitiva do ofendido e pelo depoimento prestado em juízo por testemunha presencial do fato.

3. Questões referentes à certeza da autoria e à materialidade do delito deverão ser analisadas pelo Corpo de Jurados, órgão constitucionalmente competente para a apreciação do mérito de crimes dolosos contra a vida. Os Juízos antecedentes foram expressos ao consignar que a instrução criminal não comprovou, de forma inequívoca, a ocorrência da legítima defesa, de modo que a competência para o reconhecimento da alegada excludente de ilicitude é do Tribunal do Júri.

4. O mesmo entendimento se aplica à tese da desclassificação do delito, prevista no art. 419 do Código de Processo Penal, ou seja, o juiz só desclassificará o delito diante da certeza da ausência de dolo na conduta imputada ao réu ou de provas inequívocas de que o recorrente desistiu voluntariamente de ceifar a vida da vítima. Em caso de dúvida, compete ao Tribunal do Júri decidir.

5. Afastar as conclusões das instâncias de origem, quanto ao contexto fático, implicaria ofensa ao conteúdo da Súmula 7 do STJ.

6. Agravo regimental não provido.".

(AgRg nos EDcl no AREsp n. 2.175.413/PB, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/2/2023, DJe de 17/2/2023).

Do mesmo modo, competirá ao Conselho de Sentença analisar a incidência ou não das qualificadoras, as quais, no caso, não se mostram manifestamente impertinentes. Nesta seara, há razoável correlação entre a prova produzida e a denúncia ofertada pelo Ministério Público, não sendo o caso, portanto, de exclui-las da apreciação pelo Tribunal do Júri.

Acesso ao Sumário

Bem por isso, não procede o pedido subsidiário para afastar as qualificadoras do motivo torpe e do recurso que impossibilitou a defesa da vítima.

Dessarte, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso em sentido estrito, restando mantida a r. decisão monocrática que determinou o julgamento dos réus pelo Tribunal do Júri como incursos no artigo 121, §2º, incisos I, III e IV, c.c. o artigo 29, ambos do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0007619-78.2023.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é peticionário ADILSON ANDRIONI DA SILVA.

ACORDAM, em 3º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "INDEFERIRAM o pedido de revisão proposto em favor de Adilson Andrioni da Silva. V.U. Sustentou oralmente a adva. Dra. Maria Eduarda Brasileiro Lopes. Usou da palavra o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Walter Tebet Filho.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este v. Acórdão. **(Voto nº 31048)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores MAURICIO HENRIQUE GUIMARÃES PEREIRA (Presidente), EDUARDO ABDALLA, DAMIÃO COGAN, PINHEIRO FRANCO, MACHADO DE ANDRADE, GERALDO WOHLERS e FARTO SALLES.

São Paulo, 25 de abril de 2024.

CLAUDIA FONSECA FANUCCHI, Relatora

Ementa: Revisão Criminal - Homicídio culposo no exercício da medicina - Ausência de demonstração de que a condenação contrariou texto expresso da lei penal ou a evidência dos autos ou que tenha se fundado em depoimentos comprovadamente falsos - Absolvição do peticionário por órgão de classe, no âmbito de julgamento de procedimento ético-profissional, que não consubstancia prova nova capaz de reverter o desate condenatório definitivo na seara penal, seja pela independência entre as esferas administrativa e criminal, seja por estar a condenação ancorada em amplo e suficiente conjunto probatório - Ausência de repercussão no âmbito criminal - Reconhecimento - Dosimetria - Inexistência de desproporcionalidade, rigor excessivo, erro técnico ou afronta à lei e ao princípio

Acesso ao Sumário

constitucional da individualização da pena - Erro judiciário não evidenciado - Pleito revisional indeferido.

VOTO

Vistos...

O peticionário Adilson Andrioni da Silva e o acusado Mauro Augusto Marachiori Junior foram condenados, em primeira instância, por incursos no artigo 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal, ao cumprimento de 01 (um) ano, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção, em regime inicial aberto, substituída a privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (fls. 672/680 e 695, dos autos principais).

A Colenda 3ª Câmara de Direito Criminal deste Tribunal de Justiça, por votação unânime, deu parcial provimento aos apelos defensivos, apenas para reduzir a pena corpórea de ambos os réus para 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de detenção, subsistindo, no mais, a respeitável sentença monocrática (fls. 774/793 e 807/821, idem).

O v. Acórdão transitou em julgado para o Ministério Público aos 10 de fevereiro de 2020, para o assistente da acusação aos 18 de dezembro de 2019 e para a Defesa do acusado Adilson Andrioni aos 03 de novembro de 2020 (fls. 63 e 65).

Adilson Andrioni da Silva ajuíza a presente ação revisional, com fundamento no artigo 621, incisos I e III, do Código de Processo Penal, em busca da desconstituição do título judicial, ressaltando, a existência de provas novas de sua inocência, consubstanciadas no parecer técnico de perito médico particular e no acórdão oriundo do Conselho Regional de Medicina, consoante o qual foi julgado improcedente o processo administrativo ético-profissional instaurado para apurar eventual conduta culposa (fls. 02/16).

Os autos contam com parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, que opinou pela extinção do processo, sem conhecimento do mérito, pela falta dos pressupostos legais, ou, no mérito, pelo indeferimento do pleito revisional (fls. 76/80).

A ilustrada Defesa do revisionando opôs- se ao julgamento virtual (fls. 85, 87 e 89).

É o relatório.

É cediço que a revisão criminal consiste em ação penal, de caráter constitutivo, complementar e de fundamentação vinculada, com a finalidade de reparar erros de fato ou de direito ocorridos em absolutórias impróprias ou condenatórias, transitadas em julgado, se a sentença for contrária ao texto expresso de lei, oposta à evidência dos autos ou baseada em provas falsas, ou, ainda, quando se encontrarem novas provas de inocência da parte condenada ou houver circunstância que autorize a minoração punitiva.

Acesso ao Sumário

Não é preciso lembrar que, por violar a intangibilidade e a autoridade da coisa julgada, a revisão criminal só pode ser admitida quando compreendida, rigorosamente, nos casos alistados no artigo 621, c.c. a parte final do artigo 626, *caput*, do Código de Processo Penal, dando lugar apropriado para atenuação da coisa julgada, permitida excepcionalmente para sanar eventuais desacertos judiciários.

De se notar que apenas com a análise do mérito da revisão criminal é possível aferir essas taxativas finalidades, valendo ressaltar, desde já, que a ação não se presta a funcionar como apelação, de modo a possibilitar ao peticionário o reexame de matéria probatória já debatida no bojo do processo de conhecimento, por mera irresignação quanto ao provimento jurisdicional obtido, tampouco para conferir nova interpretação acerca das evidências dos autos e ou para que seja adotada outra corrente doutrinária ou jurisprudencial, ainda que predominante.

Maria Elisabeth Queijo preleciona, com precisão, que os fundamentos legais do pedido revisional ***"...não são passíveis de ampliação. São taxativamente previstas e têm aplicação estrita. Não fosse assim, haveria instabilidade do direito firmado pelos tribunais, o que seria inconveniente do ponto de vista da segurança jurídica. De um lado verifica-se a necessidade social do respeito à coisa julgada, e de outro a necessidade de reparação do erro judiciário. Não basta, pois, o inconformismo do condenado para o reexame do processo. A revisão criminal não corresponde a uma segunda apelação. Portanto, o fundamento da revisão deverá ser indicado, desde logo, na inicial"*** (*in* "Da Revisão Criminal - condições da ação", Ed. Malheiros, págs. 82/83).

Referido entendimento doutrinário possui amplo respaldo jurisprudencial:

> ***"Revisão Criminal. Tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico. Pleitos de absolvição quanto a infração do artigo 35, da Lei nº 11.343/06, e de redução das penas do delito do artigo 33, da mesma Lei. Alegação de contrariedade à evidência dos autos. Reexame da prova. Impossibilidade. Nada obstante, acervo probatório desfavorável ao peticionário. Penas fixadas de forma fundamentada, devendo ser mantidas. Regime fechado necessário. Pedido revisional indeferido."***
> (TJSP, 3º Grupo de Direito Criminal, Revisão Criminal nº 0055439-06.2017.8.26.0000, Relator Des. Tristão Ribeiro, DJ 23.05.2019)
> ***"Agravo Regimental. Artigo 89, parágrafo único, da Lei 8.666/93. Decisão monocrática que indeferiu liminarmente revisão criminal. Pleito de nulidade da denúncia, absolvição ou redução da reprimenda. Inexistência de violação a texto de lei ou prova nova, aptos a rescindir o acórdão condenatório. Ausência dos requisitos previstos no artigo 621, do Código de Processo Penal. Impossibilidade de reexame de matérias***

Acesso ao Sumário

já apreciadas em primeiro e segundo graus. Precedentes. Agravo regimental improvido." (TJSP, 3º Grupo de Direito Criminal, Agravo Regimental Cível nº 0017615-76.2018.8.26.0000, Relator Des. Damião Cogan, DJ 21.02.2019)

Reiterativa a jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal e do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"(...) 1. A revisão criminal não se presta a propiciar tão somente um novo julgamento, como se instrumento fosse de veiculação de pretensão recursal em que se repisa teses já vencidas no julgamento que se busca rescindir. 2. Quando calcada na inobservância da evidência dos autos, a revisão criminal pressupõe total dissociação entre a resposta jurisdicional e o acervo probatório, não se afigurando cabível na hipótese em que a condenação encontra-se lastreada minimamente nas provas colhidas. 3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não agasalha posicionamentos voltados a identificar relação matemática entre o número de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal e um percentual de aumento a ser aplicado sobre o mínimo da pena para cada uma delas, quando da fixação da pena base." (STF, Tribunal Pleno, TPA 5/AM, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 08.11.2018)

"1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido do não cabimento da revisão criminal quando utilizada como nova apelação, com vista ao mero reexame de fatos e provas, não se verificando hipótese de contrariedade ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, consoante previsão do art. 621, I, do CPP. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido." (STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 1339155/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJ 05.05.2019)

Urge invocar, ainda, a precisa advertência de Florêncio de Abreu, em face do tema revisão criminal, que bem espelha o quadro em discussão:

"Os casos especificados em que se faculta a revisão das sentenças condenatórias penais não são demonstrativos, mas taxativos. Conforme já acentuamos no nº 192, a ordem jurídica seria com frequência perturbada, caso se não imprimisse conveniente estabilidade às decisões da justiça. Autorizar-se a revisão em qualquer caso, sob qualquer título, traria como consequência inevitável a desmoralização da autoridade da coisa julgada, pois contínuos pedidos de revisão contra a maioria das decisões dariam a impressão de que os erros judiciários são coisa habitual, quando, ao contrário, como observam Borsani e Casorati, devem ser considerados evento extraordinário e excepcional" (in "Comentários ao Código de Processo", vol. V, artigos 563 a 667, Ed. Revista Forense, 1945, pág. 423)

De fato, o conhecimento e o deferimento de revisões criminais fora das

Acesso ao Sumário

estritas hipóteses legais são geradores de insegurança jurídica, além de constituir em injustificável e intolerável estímulo à distribuição de pedidos manifestamente descabidos, na maior parte das vezes, meras reiterações de teses já avaliadas, debatidas e esgotadas em dois graus de jurisdição.

No caso *sub examine*, almeja-se a absolvição do acusado Adilson Androni da Silva, a pretexto de que a decisão condenatória transitada em julgado restou contrária à evidência dos autos e a texto expresso em lei, e que novas provas têm o condão de determinar sua inocência, em face da ulterior decisão administrativa tomada pelo Conselho Regional de Medicina de São Paulo - CREMESP/SP, que julgou improcedente o processo ético-profissional movido contra o peticionário, e da conclusão de perícia médica particular, o que, a rigor, não se adequa a quaisquer das hipóteses legais de cabimento da ação em tela, pois, do contrário, admitir a pretensão, pelos fundamentos deduzidos nesta via, nitidamente importaria em nova interpretação daquilo que já foi exaustivamente analisado pelo Órgão Colegiado.

Contudo, prestigiando o princípio constitucional da ampla defesa, mas com tais ressalvas, conhece-se da rescisória criminal, anotando-se, desde logo, que malgrado tenha se alicerçado no artigo 621, incisos I e III, do Código de Processo Penal, os argumentos invocados não se mostram aptos a alterar o mérito da respeitável decisão que se busca rescindir.

Pois bem.

Mauro Augusto Marchiori Junior e o peticionário Adilson Andrioni da Silva foram condenados, definitivamente, como incursos no artigo 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal, a 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de detenção, em regime inicial aberto, substituída as privativas de liberdade por restritivas de direitos, o primeiro porque, no dia 23 de junho de 2010, no Centro Médico de Campinas, agindo com imprudência e com inobservância de regra técnica de profissão, concorreu culposamente para a morte de *Claudio Segura*, ocorrida no dia 26 daquele mês, ao passo que o segundo, entre os dias 23 e 26 de junho de 2010, na Casa de Saúde de Campinas, também agindo com imprudência e com inobservância de regra técnica de profissão, concorreu culposamente para a morte da mencionada vítima no dia 26 de junho de 2010.

Conforme pormenorizadamente reexaminado pelo v. Acórdão rescindendo, e confrontado com o acervo probatório produzido sob o crivo do contraditório, a materialidade restou induvidosa e satisfatoriamente demonstrada pela certidão de óbito, laudo de biópsia, aviso de sinistro de companhia de seguros, documentos de internação e fichas clínicas, resultados de exames, parecer médico legal da Polícia Técnico-Científica afirmando que houve omissão de socorro, Relatório de Sindicância nº 161.201/2010 do Conselho Regional de Medicina, parecer técnico do Setor Técnico do Centro de Apoio Operacional à Execução , assim como pela prova oral colhida em Juízo.

Acesso ao Sumário

A autoria e a imputada conduta culposa de ambos os réus foram igualmente respaldadas pelo acervo probatório coligido sob o crivo do contraditório.

Isso porque, a prova oral, aliada especialmente aos documentos médicos, exames e pareceres técnicos, bem evidenciaram que, no dia 23 de junho de 2010, a vítima *Claudio Segura*, paciente gastrectomizado, submeteu-se a procedimento conjunto de colonoscopia e endoscopia, a fim de retirar material para biópsia, porém, após o exame, embora constatado seu mal-estar e sangramento, foi liberado pelo médico Mauro Augusto Marchiori Júnior, por entender que seu quadro clínico era estável.

Outrossim, restou incontroverso que naquela mesma data, no período da noite, a vítima procurou assistência médica, mas em outro hospital - "Casa de Saúde de Campinas" -, em razão da persistência de seu mal-estar e por vomitar sangue, sendo então examinado, medicado e liberado. No entanto, algumas horas depois, *Claudio* retornou àquele hospital, devido à piora de seu quadro clínico, oportunidade em que foi avaliado pela testemunha Evandro Naia, médico responsável por determinar sua internação, em face dos sinais que indicavam possível hemorragia.

Assim, no dia seguinte à admissão hospitalar - 24 de junho de 2010 -, a vítima foi submetida a novo exame de endoscopia, por meio do qual foi constatado sangramento no local da biópsia, procedendo-se ao estacamento da hemorragia, e autorizada sua alta no dia 25 daquele mês pelo peticionário Adilson.

A propósito, ouvido em Juízo, por carta precatória, o médico cardiologista Evandro Naia confirmou ter atendido a vítima na mesma data em que ela havia se submetido ao exame de endoscopia e, diante da suspeita de hemorragia, solicitou sua internação, passando então a ficar sob os cuidados do revisionando Adilson Andrioni. Ocorre que, no dia 26, um dia após o peticionário ter dado alta à vítima, esta regressou já com quadro de choque hipovolêmico avançado e faleceu, a despeito das intervenções que se seguiram (vide fls. 551/552 - autos originários).

Importante destacar que a esposa da vítima, Sônia Maria Rogatto, nas oportunidades em que ouvida, rememorou que seu marido começou a passar mal ainda no Centro Médico, após a realização da primeira endoscopia, destacando que muito embora houvesse vomitado sangue no local, foi liberada. Asseverou que a vítima persistiu com os mesmos sintomas em casa, razão pela qual retornaram ao Centro Médico, onde o réu Mauro Augusto a atendeu, aventando que seu estômago poderia ter sido perfurado. Contudo, ainda assim, foi novamente liberado pelo profissional. Durante a madrugada, voltou a passar mal, vomitando sangue, o que motivou sua internação na "Casa de Saúde", onde novamente se submeteu a exame de endoscopia, pelo qual se constatou que o local da biopsia não havia sido cauterizado. A hemorragia foi controlada e a vítima recebeu alta no dia seguinte. Um dia após, em sua casa, a vítima piorou e

Acesso ao Sumário

foi levada à "Casa de Saúde", vindo, porém, a óbito (fls. 482 - autos originários).

Destaca-se, ainda, a oitiva judicial do médico André Brandalise, que ponderou o fato de a vítima ser gastrectomizada, fator de alto risco de desenvolver câncer de estômago. Dado esse contexto, uma vez que ela se queixava de dificuldade para comer, o acusado Mauro Augusto solicitou exames de endoscopia e colonoscopia. Foi o responsável pela endoscopia com biópsia, seguida pela colonoscopia realizada pelo réu Mauro Augusto. Acrescentou que a alta hospitalar deve levar em conta o acompanhamento do paciente e não apenas o exame realizado (fls. 606 - autos originários).

Por seu turno, a testemunha de defesa Márcio Henrique de Paula Ribeiro relatou ter atendido a vítima por ocasião de sua internação, nela realizando a segunda endoscopia, a pedido do peticionário Adilson, que suspeitava de possível hemorragia digestiva. Pelo exame, foi constatado um coto vascular com coágulo, que seria o motivador do sangramento. Optou por realizar hemostasia com adrenalina para impedir novo sangramento. Após o exame, o paciente acordou sem queixas e retornou à ala em que estava internado, sob os cuidados do revisionando Adilson. Afirmou que inexiste protocolo médico para hipótese de sangramento pós biópsia endoscópica (fls. 606 - autos originários).

As demais testemunhas de defesa ouvidas em Juízo, os médicos Valdir Tercioti Jr. e Ciro Garcia Montes, não prestaram atendimento à vítima, tendo tecido comentários acerca da imagem colacionada aos autos e sobre o protocolo médico na hipótese de sangramento digestivo após o procedimento de endoscopia (fls. 606 - autos originários).

Com efeito, em acurado reexame à prova oral, conjuntamente com as provas documentais, consubstanciadas nos pareceres técnicos de fls. 151/154, 309/312, 320/330 e 666/689 (autos originários), restou seguramente evidenciada a responsabilidade criminal concorrente de ambos os réus, por procederem à altas precipitadas concedidas à vítima, a qual, sem contar com a assistência médica e hospitalar, teve rapidamente agravado o seu quadro de saúde, culminando, com o seu óbito.

Diante dos fatos que antecederam a morte da vítima e de suas circunstâncias, o v. Aresto impugnado bem ponderou que não há como sustentar que as sucessivas condutas dos médicos acusados tenham sido regulares, diligentes e apropriadas em face da evolução negativa da saúde do paciente, ainda que ele houvesse apresentado pontuais e curtos episódios de estabilização em seu estado clínico, de forma que suficientemente caracterizado o desdobramento fatal advindo das imputadas ações imprudentes e não de mera fatalidade.

Repise-se que a conduta culposa imputada aos réus restou corroborada pela prova pericial, uma vez que quatro pareceres distintos evidenciaram a relação entre a liberação precoce da vítima quando supervisionada e o seu óbito (fls. 151/154, 309/312, 320/330 e 666/689, dos autos originários).

Acesso ao Sumário

O parecer médico legal oriundo do IML apontou a omissão de socorro atribuída aos acusados, ao passo que o laudo médico judicial concluiu que ambas as altas se deram em desconformidade com a literatura médica, eis que prematuras, ressaltando, ainda, o nexo causal dessa imprudência com o falecimento da vítima (fls. 151/154; 666/689, dos autos originários).

Depreende-se da conclusão do ilustre perito, cujo trabalho foi oferecido pela assistente de acusação, que naquelas circunstâncias e diante do histórico recente apresentado pelo paciente, era indicada cirurgia por ter ocorrido perfuração gastroduodenal consequente à terapêutica endoscópica, procedimento que não fora recomendado por qualquer dos acusados, tendo sido apontado pelo *expert*, inclusive, que o risco de sangramento em repetição recomendava a permanência da hospitalização do paciente por no mínimo setenta e duas horas após a última endoscopia, o que não foi observado na hipótese (fls. 675, dos autos originários), circunstâncias que, em seu conjunto, configuram o descumprimento do dever objetivo de cuidado no exercício da profissão.

Em ambas as instâncias de julgamento, assentou-se, portanto, o nexo de causalidade entre a ação dos réus e o resultado morte da vítima, que por três oportunidades procurou socorro, sendo atendido pelos acusados, mas estes lhe deram alta sem que fosse observado um período mínimo de segurança, tanto assim que seguidamente a ambas as liberações, o paciente apresentou piora em seu quadro clínico, sendo que logo após a última alta, esta realizada pelo peticionário, retornou à "Casa de Saúde" já com quadro irreversível de hemorragia e choque hipovolêmico que resultou em sua morte, a reforçar a conclusão de que houvesse permanecido cautelarmente sob observação e avaliação periódica, como o caso recomendava, a pronta e imediata intervenção médica poderia ter detectado a hemorragia e eventualmente evitado seu óbito.

Nessa perspectiva, respeitada a combatividade da ilustre Defesa do peticionário, em que pese a superveniente absolvição pelo Conselho Regional de Medicina de São Paulo, no âmbito do julgamento do processo ético-profissional contra ele instaurado, a conclusão colegiada daquele órgão não consubstancia nova prova hábil a afastar a responsabilidade penal definitivamente assentada na esfera penal, em face da compreensão firmada quanto à independência entre as instâncias administrativa, civil e criminal, salvo na hipótese de, nesta última, se reconhecer a inexistência material do fato ou negativa de autoria.

Destarte, as conclusões tomadas pelo mencionado órgão de classe, muito embora respeitáveis, não constituem prova nova que se amolde à hipótese prevista pelo inciso III, do artigo 621, do Código de Processo Penal, mas, tão-somente, entendimento administrativo diverso daquele sufragado na esfera penal pelo v. Acórdão impugnado, não tendo, porém, o condão de modificar o julgado.

Nessa direção é o entendimento firmado pelos Tribunais Superiores:

"Agravo Regimental no Habeas Corpus. Penal. Processo penal. Homi-

Acesso ao Sumário

cídio culposo. Erro médico. Reexame de fatos e provas. Produção de prova técnica. Acórdão condenatório baseado em outras provas: possibilidade. Art. 182 do código de processo penal. Reconhecimento de não culpabilidade pelo Conselho Regional de Medicina de São Paulo. Independência das instâncias penal e administrativa. Agravo regimental ao qual se nega provimento." (STF, HC nº 166.674/SP, Relª. Minª Cármen Lúcia, DJ 07.02.2019).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA COLEGIALIDADE E DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 932, III, CPC - ART. 3º DO CPP. ART. 34, XX E ART. 202 DO RISTJ. SÚMULA N. 568/STJ. HOMICÍDIO CULPOSO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. AVALIAÇÃO DE PROVA TÉCNICA. PARECER DO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA. PRETENDIDA OBSERVAÇÃO DESTA EM DETRIMENTO DOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA ENTRE PROVAS. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. RECURSO DESPROVIDO. (...) VI - Esta Corte entende que no sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional, adotado pela Constituição Federal, não há que se falar em hierarquia entre elementos probatórios, de modo que a conclusão de laudo pericial não vincula o Magistrado, que poderá formar sua convicção com base nos demais elementos que constituem o arcabouço probatório acostado nos autos da ação penal. Precedentes. VII - É sólida a jurisprudência desta Corte no sentido de que as esferas cível, administrativa e penal são independentes, de modo que a decisão proferida pelo Conselho Regional de Medicina, favorável à paciente, não determina o resultado da ação penal. Precedentes. Agravo regimental desprovido." (STJ, 5ª Turma, AgRg no HC nº 470.992/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 27.11.2018).

No mesmo sentido já se pronunciou este Egrégio Tribunal de Justiça:

"Homicídio culposo. Erro médico Culpa bem delineada. Réu que deveria ter repetido o eletrocardiograma diante das condições da paciente e não o fez. Independência em relação à instância administrativa, na qual foi absolvido. Não obstante, a própria sindicância do CRM aponta a ausência de repetição do eletrocardiograma. Presentes a quebra do dever objetivo de cuidado e a previsibilidade do resultado. Afastado o aumento incidente sobre a pena-base. O tempo em que a vítima ficou à disposição do acusado não denota, por si só, maior reprovabilidade do comportamento. Excluída a majorante em razão do bis in idem. A regra

Acesso ao Sumário

técnica inobservada pelo acusado é o próprio fundamento da culpa anteriormente reconhecida. Mantido o regime mais brando. Substituída a sanção reclusiva, diante da nova reprimenda, apenas por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade. Remessa dos autos à origem para que se dê a oportunidade de manifestação ao Ministério Público quanto aos benefícios da Lei 9.099/90 Súmula 337" (TJSP, 12ª Câmara de Direito Criminal, Apelação nº 0009365-45.2013.8.26.0189, Rel. Des. Amable Lopez Soto, DJ 18.08.2020).

O mesmo se diga em relação ao parecer técnico de perito médico particular trazido com as razões revisionais, que, a despeito de sua conclusão, não se mostra apto a desnaturar o desate condenatório lançado em desfavor do peticionário, pois, como se viu, ancorou-se em sólido acervo probatório, composto inclusive por provas técnicas e pericial, submetidas ao crivo do contraditório e pontualmente analisadas em conjunto com a prova oral colhida em Juízo, por ocasião do julgamento do recurso de apelação interposto defensivamente.

Assim, diversamente do sustentado nas razões da presente ação, os elementos invocados nesta via, ainda que alcançados após a condenação do peticionário, não constituem provas novas aptas a lastrear o pleito revisional, porquanto não elidem a responsabilidade criminal assentada tanto pela sentença monocrática de primeiro grau, quanto pelo v. Acórdão impugnado, não podendo se ignorar, em paralelo, que as reputadas novas provas aqui trazidas tampouco foram submetidas ao contraditório, perante o Juízo da condenação, na denominada ação de justificação criminal, medida preparatória que conta com participação do Ministério Público, nos termos do artigo 381, inciso III, do Código de Processo Civil, c.c. o artigo 3º, do Código de Processo Penal.

Portanto, tendo o quadro probatório patenteado o crime denunciado, inarredável arrematar que a condenação não contrariou a evidência dos autos ou texto expresso de lei, tampouco se fundou em depoimentos comprovadamente falsos, sendo certo, ainda, que não se descortinou nova prova da inocência do condenado, de sorte que a *res judicata* deve ser prestigiada.

A dosimetria penal, de igual modo, não comporta reparo, porquanto idoneamente motivada, ao passo que, a par de sequer impugnada, não restou evidenciado erro técnico ou injustiça explícita do julgado.

Aliás, ***"a pena só pode ser alterada pela via revisional quando contenha algum erro técnico, contrariando texto expresso da lei penal, ou quando, após a sentença, se descobrirem novas provas ou circunstância que determine ou autorize diminuição especial da reprimenda, conforme disposto no artigo 621, inciso I e III, do Código de Processo Penal."*** (RT 763/546).

Nesse contexto todo, inexistindo desproporcionalidade, rigor excessivo ou afronta à lei e ao princípio constitucional da individualização da pena, não servindo interpretação jurisprudencial para remodelações em sede revisional e

Acesso ao Sumário

não tendo sido nada de novo aqui apresentado, a reprimenda e regime impostos devem ser mantidos tais como definitivamente estabelecidos.

Ante o exposto, **INDEFIRO** o pedido de revisão proposto em favor de Adilson Andrioni da Silva.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0010936-84.2023.8.26.0000, da Comarca de Sumaré, em que é peticionário MARCOS AURELIO CARNEIRO.

ACORDAM, em 1º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram. V. U. Sustentou oralmente o advogado, Dr. Marco Antonio dos Santos. Usou a 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 19.380)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LAERTE MARRONE (Presidente), ANA ZOMER, FIGUEIREDO GONÇALVES, MÁRIO DEVIENNE FERRAZ, FRANCISCO ORLANDO, ALEX ZILENOVSKI, IVO DE ALMEIDA, COSTABILE E SOLIMENE e ALBERTO ANDERSON FILHO.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2024

LUIZ FERNANDO VAGGIONE, Relator

Ementa: Revisão Criminal. Homicídio qualificado tentado, sequestro e cárcere privado, associação criminosa armada e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Reexame do contexto probatório já devidamente analisado em segunda instância. Pedido que não se enquadra na hipótese ventilada no art. 621, inciso I, do CPP. Condenação que não se mostra contrária ao texto expresso de lei ou à evidência dos autos. Pena privativa de liberdade e regime bem aplicados. Revisão criminal improcedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de revisão criminal ajuizada por **Marcos Aurélio Carneiro**

perante este Tribunal de Justiça, visando rescindir o v. Acórdão da 10ª Câmara de Direito Criminal (fls. 2.326/2.336 dos autos originários nº 0006828-87.2016.8.26.0604), que deu parcial provimento ao apelo defensivo para reconhecer uma única infração ao art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/2003, e reduzir os totais das reprimendas do peticionário para 20 (vinte) anos e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, no valor unitário mínimo, porque incurso nos artigos 121, §2º, inciso V, c.c. artigo 14, inciso II; artigo 148, artigo 288, parágrafo único, todos do Código Penal, e no artigo 16, *caput*, da Lei nº 10.826/2003, todos em concurso material.

A decisão transitou em julgado para o revisionando em 11/10/2018 (fl. 2.357 dos autos originários).

A Defesa apresentou as razões para a rescisão do julgado com fundamento no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal, arguindo que a condenação do peticionário pelo crime de homicídio qualificado tentado foi contrária à evidência dos autos. Postula, ainda, a extensão dos efeitos da absolvição dos corréus *Alan, Bruno, Jonathan* e *Erielson* nos autos desmembrados (fls. 02/15).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento da ação revisional ou pelo seu indeferimento (fls. 123/126vº).

A douta Defesa manifestou oposição ao julgamento virtual (fls. 128/130).

É o relatório.

Destaca-se que a contrariedade à prova dos autos deve decorrer do divórcio dos elementos probatórios existentes no processo penal e a decisão vergastada. A contrariedade deve ser frontal, evidente como recomenda o texto legal. Tal situação inexiste no caso de o julgado encontrar fundamento, como no caso em exame, em um conjunto probatório suficiente a embasar a responsabilidade do réu.

Como bem sintetizado no v. Acórdão (fls. 2.327/2.329):

"Os recorrentes foram processados e condenados porque, em data e local incertos, porém antes do dia 15 de dezembro de 2012, em tese, teriam se associado aos outros doze corréus mencionados na denúncia e ao adolescente C.C.J., em quadrilha ou bando armado, sob a forma de uma organização criminosa, com o objetivo de cometer delitos.

Ainda, foram processados e condenados porque, em concurso com os comparsas já mencionados, no dia 15 de dezembro de 2012, por volta das 7h, portavam, mantinham sob sua guarda, tinham em depósito e ocultavam 96 cartuchos de calibre .380 íntegros; 04 cartuchos de calibre .380 deflagrados; 14 cartuchos de calibre 12 íntegros; um carregador de pistola, modelo PT58, calibre .380; uma luneta da marca Rossi; 05 carregadores de arma calibre .380; uma carabina nº MU865766-M, calibre 12; e uma pistola nº KC587814, da marca Taurus, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou

Acesso ao Sumário

regulamentar.

Ademais, nas mesmas circunstâncias, inclusive com relação ao concurso de agentes, os apelantes possuíam, detinham, portavam, tinham em depósito e mantinham sob sua guarda e ocultavam mais 110 cartuchos calibre .556 íntegros; 07 cartuchos calibre .556 deflagrados; 03 cartuchos calibre .762 íntegros; 120 cartuchos calibre .45 íntegros; 20 cartuchos calibre .30 íntegros; 05 cartuchos calibre 9mm íntegros; 04 cartuchos calibre 9mm deflagrados; 03 cartuchos calibre .30 deflagrados; 01 carregador de arma de fogo calibre .45; 05 carregadores de fuzil e uma carabina nº 6387-09US, calibre .30, todos de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Além disso, os recorrentes foram processados e condenados porque, nas mesmas circunstâncias já delineadas, também possuíam, detinham, tinham em depósito, mantinham sob sua guarda e ocultavam 01 fuzil M16, calibre .556, oxidado e sem numeração; 01 fuzil adaptado com luneta, sem numeração; 01 fuzil de ferrolho, calibre 7mm, sem numeração; 01 submetralhadora, calibre .45, sem numeração; 01 carabina, marca Maverick, calibre 12, modelo 88, com numeração suprimida; 01 pistola, marca Imbel, calibre .380, com numeração suprimida; 01 pistola de marca ignorada, calibre .380, de numeração suprimida; 01 pistola da marca Taurus, calibre .45, com numeração suprimida, bem como substâncias ou engenhos explosivos consistentes em 11 cartuchos de emulsão explosiva, com 24 espoletas pirotécnicas, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Os recorrentes, igualmente, foram processados e condenados porque, nas mesmas circunstâncias, agindo em concurso caracterizado pela divisão de tarefas e pela atuação conjunta com outros doze corréus e um adolescente, tentaram matar a vítima Carlos Alberto Pessoa, com o objetivo de assegurar a impunidade dos delitos anteriormente descritos, mediante disparos de arma de fogo, não se consumando o crime por circunstâncias alheias às suas vontades."

Os autos originários tramitavam sob o nº 0003930-38.2015.8.26.0604, sendo determinado o desmembramento do feito em relação ao ora peticionário e ao corréu *Anderson José Sobral*, formando-se os autos nº 0006828-87.2016.8.26.0604; bem como em relação aos réus *Alan Rudson de Oliveira Sanches, Bruno Rodrigo de Aquino, Erielson Domingos dos Santos e Jonathan Nascimento do Carmo Marcal*, formando-se os autos nº 0006869-54.2016.8.26.0604 (cf. fl. 2.128).

Registra-se, ainda, que este C. 1º Grupo de Câmaras Criminais julgou improcedente a Revisão Criminal nº 0001776-40.2020.8.26.0000, ajuizada pelo corréu *Josivaldo Alves de Souza* e parcialmente procedente a Revisão Criminal nº 0044124-10.2019.8.26.0000, ajuizada pelo corréu *Adriano Maia da Silva*, apenas para rever a condenação definitiva pretérita a título de maus anteceden-

Acesso ao Sumário

tes, sem reflexo na pena, ambas referentes aos autos originários nº 0003930-38.2015.8.26.0604.

A condenação do revisionando pelo crime de homicídio qualificado tentado, além dos demais (art. 148, art. 288, parágrafo único, do Código Penal e artigo 16, *caput*, da Lei nº 10.826/2003), era mesmo de rigor e, portanto, deve ser prestigiada a coisa julgada, tanto que sequer houve irresignação defensiva quanto às condenações na apelação interposta, a qual questionou apenas a dosimetria da pena.

A materialidade delitiva restou cabalmente comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 27/56 dos autos de origem); auto de exibição e apreensão (fls. 57/70 dos autos de origem); laudos periciais (fls. 381/423, 650/680, 714/731, 1.050/1.055, 1.103/1.115 e 1.329/1.336 dos autos de origem), relatório técnico pericial do GATE - Grupo de Ações Táticas Especiais e pela prova oral produzida.

Quanto à autoria, há elementos probatórios suficientes para a formação do veredicto condenatório proferido pelos Senhores Jurados.

Em Plenário, os policiais militares *André Caracco Ruiz Junior, Danilo Daniel dos Santos* e *Danilo Rubens Monzano* prestaram depoimento no mesmo sentido. Disseram que após o recebimento de denúncia anônima, se dirigiram até o local e, no momento em que tentavam contato com alguém do lado de dentro do imóvel, iniciaram-se os disparos vindos do interior da casa. Durante a troca de tiros, um dos corréus chegou a subir no telhado da casa e passou a efetuar disparos de arma de fogo contra os policiais. Na tentativa de fuga, os acusados explodiram uma dinamite, chegando a derrubar a parede que separava a casa em que se encontravam da residência vizinha. Afirmaram, ainda, que os acusados arremessaram dinamites na direção dos policiais, tendo uma delas atingido o policial *Carlos Alberto Pessoa*. Foram apreendidas no imóvel armas de grosso calibre, como fuzis e metralhadoras, além de "bananas de dinamite" e elevada quantia em dinheiro. Os réus usavam coletes balísticos. Após varredura pelas imediações, o peticionário foi encontrado na casa vizinha, posterior a explosão do muro, local em que fizeram uma família de refém. Os acusados se rederam após cerca de quatro horas. O policial *Danilo Rubens* acresceu, de forma categórica, que viu quando o peticionário e o corréu *Anderson José Sobral* pularam o muro da residência de onde vinham os disparos e atiraram contra a equipe policial, reconhecendo-os em Plenário. Com a chegada do apoio, foi informado de que seu colega havia sido baleado (cf. mídia de fl. 2.227 dos autos de origem).

Por seu turno, o revisionando e o corréu *Anderson José Sobral* negaram a prática delitiva e disseram que "estavam no local errado e na hora errada". Os policiais não encontraram nada de ilícito com eles. Não conhecem os outros corréus (cf. mídia de fl. 2.227 dos autos de origem).

Como se observa da prova oral colhida e do exame dos autos originários,

Acesso ao Sumário

a negativa do peticionário restou isolada nos autos, especialmente em razão dos consistentes depoimentos dos policiais, os quais deram conta da autoria e da materialidade delitivas.

Infere-se do conjunto probatório que os policiais receberam denúncia anônima de que diversos indivíduos haviam ingressado no local dos fatos - *residência do corréu Ricardo Henrique Gomes Ferreira, já conhecido dos meios policiais pelo envolvimento com crimes patrimoniais em caixas eletrônicos* - fortemente armados, motivo pelo qual se deslocaram para o endereço fornecido. Ao tentarem contato com ocupantes do interior do imóvel, os acusados efetuaram diversos disparos de arma de fogo de grosso calibre. Em seguida, três dinamites foram lançadas do interior da casa pelos criminosos, com a intenção de atingir os agentes públicos. O policial *Carlos Alberto Pessoa* foi atingido pelos estilhaços das dinamites e ficou ferido.

É dos autos, também, que os corréus *Josivaldo Alves de Souza* e *Getúlio Rodrigues de Souza* foram feridos no confronto e se renderam, ao passo que o peticionário e o corréu *Anderson José Sobral*, no momento da fuga, invadiram a residência vizinha, privando a liberdade das pessoas que ali se encontravam. De forma simultânea, os demais corréus explodiram o muro da casa vizinha, com o objetivo de fugirem, mas foram rendidos.

Ainda, segundo os policiais e os autos de exibição e apreensão acostados aos autos originários, no imóvel que os criminosos ocupavam foram apreendidos armamentos de grosso calibre, tais como fuzis, metralhadoras e pistolas; coletes balísticos; grande quantidade de munição e dinamites, sendo necessária, inclusive, a presença do GATE - Grupo de Ações Táticas Especiais - para a retirada de tais materiais; além de aproximadamente R$ 150.000,00, parte das cédulas manchada.

Conclui-se que a decisão do Tribunal do Júri foi proferida em consonância com o conjunto probatório e, portanto, não pode ser considerada como contrária à evidência dos autos, fundamento legal empregado pelo peticionário para o ajuizamento da presente revisão criminal.

Do mesmo modo, as qualificadoras também receberam o amparo da prova. O crime de homicídio tentado foi praticado para assegurar a impunidade das infrações ao Estatuto do Desarmamento e o muro da residência foi derrubado com uso de explosivos.

Não se pode olvidar que não se está julgando nova apelação, mas uma ação rescisória penal baseada em suposta prolação de acórdão contra a evidência dos autos, situação que não se verifica no presente processo penal.

Por fim, o pedido de extensão dos efeitos da decisão que absolveu os corréus *Alan Rudson de Oliveira Sanches, Bruno Rodrigo de Aquino, Jonathan Nascimento do Carmo Marçal* e *Erielson Domingos dos Santos* do crime de homicídio tentado, prolatada nos autos desmembrados nº 0006869-54.2016.8.26.0604

Acesso ao Sumário

(cf. fls. 62/80 e 81/89), não merece guarida, porquanto fundamentada na ausência do elemento subjetivo do tipo, após análise de caráter pessoal e subjetivo realizada pelo Conselho de Sentença.

Naqueles autos, os Senhores Jurados entenderam que os corréus não agiram com *animus necandi*, ao passo que o Conselho de Sentença formado nestes autos, no dia 17/05/2017, entendeu que o revisionando agiu imbuído do dolo de matar, de modo que não há que se falar em extensão da decisão, diante da soberania dos veredictos, sendo inaplicável o artigo 580 do Código de Processo Penal (fls. 2.228/2.237 dos autos de origem).

Nesse sentido, jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça:

> ***HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO DE CORRÉU PELO TRIBUNAL DO JÚRI. PLEITO DE EXTENSÃO. IMPOSSIBILIDADE. SOBERANIA DO VEREDICTO DO JÚRI POPULAR. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, "Malgrada a possibilidade de incongruência entre os julgamentos, em decorrência da absolvição do acusado de intermediar a contratação dos executores do homicídio, há de se observar a especial peculiaridade dos julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri, composto por juízes leigos, pessoas do povo, cujo veredicto é soberano e, por isso, não guarda relação de dependência com o julgamento dos co-autores ou partícipes" (APn 517/CE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/12/2012, DJe 10/04/2013). 2. Em decorrência da soberania do veredicto do Júri Popular - prevista na Constituição Federal, como garantia fundamental, no seu art. 5.º, inciso XXXVIII -, pode decorrer situações que, eventualmente, fujam da lógica ordinária, com a possibilidade de coexistência de decisões conflitantes, mas que o ordenamento jurídico admite, por se cuidar de decisão soberana e independente, tomada por juízes leigos, de quem não se exige as razões de decidir. 3. No caso, a absolvição de corréu não pode ser estendida à Paciente, pois, no Tribunal do Júri, os jurados decidem segundo sua íntima convicção, ou seja, não necessitam apontar os motivos que os levaram a condenar ou a absolver o Acusado. Dessa forma, não há como identificar quais os elementos foram utilizados para a formação da convicção do Conselho de Sentença. 4. Ainda que se entenda que foi acolhida a tese defensiva de legítima defesa putativa, observa-se que essa modalidade de legítima defesa é essencialmente subjetiva, não se estendendo, necessariamente, a coautores e partícipes. 5. Ordem de habeas corpus denegada.*** (HC n. 358.053/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz, Sexta

Acesso ao Sumário

Turma, julgado em 27/11/2018, DJe de 4/2/2019.) (grifo nosso).

E, como bem apontou a douta Procuradoria Geral de Justiça (fl. 125vº):

"(...) da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, prevista na Constituição Federal como garantia fundamental, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, pode decorrer a coexistência de decisões conflitantes, por se tratar de decisão soberana do Júri Popular, tomada por juízes leigos, de quem não se exige os motivos de se decidir e que, assim, não guarda relação de dependência com o julgamento de coautores e partícipes.

Inexiste vinculação entre decisões proferidas por Conselhos de Sentenças diversos, ainda que versem sobre os mesmos fatos, posto que, referidas decisões são motivadas pela íntima convicção dos jurados, não sendo possível se identificar quais razões levaram à condenação ou absolvição dos acusados."

Portanto, a possibilidade de haver decisões eventualmente conflitantes entre si, decorre do princípio constitucional da soberania dos veredictos, sobretudo em razão do julgamento por Conselhos de Sentença diversos, nos quais os Senhores Jurados decidem segundo sua íntima convicção, ou seja, não necessitam apontar os motivos que os levaram a condenar ou a absolver o acusado.

As penas foram criteriosamente fixadas, tanto que não houve irresignação da Defesa nesse sentido.

No tocante ao homicídio tentado, a pena-base foi fixada no mínimo legal. Na segunda etapa, a pena foi acrescida em 1/6 em razão da reincidência (fl. 2.156 dos autos de origem). Por fim, houve a redução em 1/3, de forma fundamentada, diante do *iter criminis* percorrido, tendo em vista que o peticionário e os corréus dispararam inúmeras vezes contra a vítima e contra os demais policiais, inclusive lançando explosivos na direção deles. As penas foram estabelecidas em 09 anos e 04 meses de reclusão.

Com relação ao crime de sequestro e cárcere privado, a basilar foi acrescida em 1/6, porquanto o crime foi cometido na residência das vítimas. Na segunda fase, em razão da recidiva, a reprimenda foi majorada em mais 1/6 e, ausentes causas modificadoras, tornou-se definitiva em 01 ano, 04 meses e 10 dias de reclusão.

Acesso ao Sumário

Quanto ao delito do art. 16, *caput*, do Estatuto do Desarmamento, a pena-base foi acrescida em 2/3 em razão da vasta quantidade de armamento, com alto poder vulnerante, além de munições e artefatos explosivos na posse dos acusados. Na segunda fase, em razão da recidiva, a reprimenda foi majorada em mais 1/6 e, ausentes causas modificadoras, tornou-se definitiva em 05 anos e 10 meses de reclusão e 18 dias-multa.

Com relação ao crime de associação criminosa armada, a basilar foi fixada no dobro do mínimo legal. Na segunda etapa, houve o acréscimo de 1/6 decorrente da reincidência e, por fim, aumento em ½ por se tratar de associação armada, resultando na pena de 03 anos e 06 meses de reclusão.

Por fim, por força do cúmulo material, as penas de todos os crimes foram somadas, totalizando 20 (vinte) anos e 10 (dez) dias de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa.

No mais, foi fixado o regime inicial fechado.

Ante o exposto, JULGA-SE IMPROCEDENTE a presente revisão criminal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0007619-78.2023.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é peticionário ADILSON ANDRIONI DA SILVA.

ACORDAM, em 3º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "INDEFERIRAM o pedido de revisão proposto em favor de Adilson Andrioni da Silva. V.U. Sustentou oralmente a adva. Dra. Maria Eduarda Brasileiro Lopes. Usou da palavra o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Walter Tebet Filho.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este v. Acórdão. **(Voto nº 31048)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores MAURICIO HENRIQUE GUIMARÃES PEREIRA (Presidente), EDUARDO ABDALLA, DAMIÃO COGAN, PINHEIRO FRANCO, MACHADO DE ANDRADE, GERALDO WOHLERS e FARTO SALLES.

São Paulo, 25 de abril de 2024.

CLAUDIA FONSECA FANUCCHI, Relatora

Ementa: Revisão Criminal - Homicídio culposo no exercício da medicina - Ausência de demonstração de que a condenação contrariou texto expresso da lei penal ou a evidência dos autos ou que tenha se fundado em depoimentos comprovadamente falsos - Absolvição do peticionário por órgão de classe, no âmbito de julgamento de procedimento ético-profissional, que não consubstancia prova nova capaz de reverter o desate condenatório definitivo na seara penal, seja pela independência entre as esferas administrativa e criminal, seja por estar a condenação ancorada em amplo e suficiente conjunto probatório - Ausência de repercussão no âmbito criminal - Reconhecimento - Dosimetria - Inexistência de desproporcionalidade, rigor excessivo, erro técnico ou afronta à lei e ao princípio

Acesso ao Sumário

constitucional da individualização da pena - Erro judiciário não evidenciado - Pleito revisional indeferido.

VOTO

Vistos...

O peticionário Adilson Andrioni da Silva e o acusado Mauro Augusto Marachiori Junior foram condenados, em primeira instância, por incursos no artigo 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal, ao cumprimento de 01 (um) ano, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção, em regime inicial aberto, substituída a privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (fls. 672/680 e 695, dos autos principais).

A Colenda 3ª Câmara de Direito Criminal deste Tribunal de Justiça, por votação unânime, deu parcial provimento aos apelos defensivos, apenas para reduzir a pena corpórea de ambos os réus para 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de detenção, subsistindo, no mais, a respeitável sentença monocrática (fls. 774/793 e 807/821, idem).

O v. Acórdão transitou em julgado para o Ministério Público aos 10 de fevereiro de 2020, para o assistente da acusação aos 18 de dezembro de 2019 e para a Defesa do acusado Adilson Andrioni aos 03 de novembro de 2020 (fls. 63 e 65).

Adilson Andrioni da Silva ajuíza a presente ação revisional, com fundamento no artigo 621, incisos I e III, do Código de Processo Penal, em busca da desconstituição do título judicial, ressaltando, a existência de provas novas de sua inocência, consubstanciadas no parecer técnico de perito médico particular e no acórdão oriundo do Conselho Regional de Medicina, consoante o qual foi julgado improcedente o processo administrativo ético-profissional instaurado para apurar eventual conduta culposa (fls. 02/16).

Os autos contam com parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, que opinou pela extinção do processo, sem conhecimento do mérito, pela falta dos pressupostos legais, ou, no mérito, pelo indeferimento do pleito revisional (fls. 76/80).

A ilustrada Defesa do revisionando opôs- se ao julgamento virtual (fls. 85, 87 e 89).

É o relatório.

É cediço que a revisão criminal consiste em ação penal, de caráter constitutivo, complementar e de fundamentação vinculada, com a finalidade de reparar erros de fato ou de direito ocorridos em absolutórias impróprias ou condenatórias, transitadas em julgado, se a sentença for contrária ao texto expresso de lei, oposta à evidência dos autos ou baseada em provas falsas, ou, ainda, quando se encontrarem novas provas de inocência da parte condenada ou houver circunstância que autorize a minoração punitiva.

Acesso ao Sumário

Não é preciso lembrar que, por violar a intangibilidade e a autoridade da coisa julgada, a revisão criminal só pode ser admitida quando compreendida, rigorosamente, nos casos alistados no artigo 621, c.c. a parte final do artigo 626, *caput*, do Código de Processo Penal, dando lugar apropriado para atenuação da coisa julgada, permitida excepcionalmente para sanar eventuais desacertos judiciários.

De se notar que apenas com a análise do mérito da revisão criminal é possível aferir essas taxativas finalidades, valendo ressaltar, desde já, que a ação não se presta a funcionar como apelação, de modo a possibilitar ao peticionário o reexame de matéria probatória já debatida no bojo do processo de conhecimento, por mera irresignação quanto ao provimento jurisdicional obtido, tampouco para conferir nova interpretação acerca das evidências dos autos e ou para que seja adotada outra corrente doutrinária ou jurisprudencial, ainda que predominante.

Maria Elisabeth Queijo preleciona, com precisão, que os fundamentos legais do pedido revisional ***"...não são passíveis de ampliação. São taxativamente previstas e têm aplicação estrita. Não fosse assim, haveria instabilidade do direito firmado pelos tribunais, o que seria inconveniente do ponto de vista da segurança jurídica. De um lado verifica-se a necessidade social do respeito à coisa julgada, e de outro a necessidade de reparação do erro judiciário. Não basta, pois, o inconformismo do condenado para o reexame do processo. A revisão criminal não corresponde a uma segunda apelação. Portanto, o fundamento da revisão deverá ser indicado, desde logo, na inicial"*** (*in* "Da Revisão Criminal - condições da ação", Ed. Malheiros, págs. 82/83).

Referido entendimento doutrinário possui amplo respaldo jurisprudencial:

> ***"Revisão Criminal. Tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico. Pleitos de absolvição quanto a infração do artigo 35, da Lei nº 11.343/06, e de redução das penas do delito do artigo 33, da mesma Lei. Alegação de contrariedade à evidência dos autos. Reexame da prova. Impossibilidade. Nada obstante, acervo probatório desfavorável ao peticionário. Penas fixadas de forma fundamentada, devendo ser mantidas. Regime fechado necessário. Pedido revisional indeferido."***
> (TJSP, 3º Grupo de Direito Criminal, Revisão Criminal nº 0055439-06.2017.8.26.0000, Relator Des. Tristão Ribeiro, DJ 23.05.2019)
> ***"Agravo Regimental. Artigo 89, parágrafo único, da Lei 8.666/93. Decisão monocrática que indeferiu liminarmente revisão criminal. Pleito de nulidade da denúncia, absolvição ou redução da reprimenda. Inexistência de violação a texto de lei ou prova nova, aptos a rescindir o acórdão condenatório. Ausência dos requisitos previstos no artigo 621, do Código de Processo Penal. Impossibilidade de reexame de matérias***

Acesso ao Sumário

já apreciadas em primeiro e segundo graus. Precedentes. Agravo regimental improvido." (TJSP, 3º Grupo de Direito Criminal, Agravo Regimental Cível nº 0017615-76.2018.8.26.0000, Relator Des. Damião Cogan, DJ 21.02.2019)

Reiterativa a jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal e do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"(...) 1. A revisão criminal não se presta a propiciar tão somente um novo julgamento, como se instrumento fosse de veiculação de pretensão recursal em que se repisa teses já vencidas no julgamento que se busca rescindir. 2. Quando calcada na inobservância da evidência dos autos, a revisão criminal pressupõe total dissociação entre a resposta jurisdicional e o acervo probatório, não se afigurando cabível na hipótese em que a condenação encontra-se lastreada minimamente nas provas colhidas. 3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não agasalha posicionamentos voltados a identificar relação matemática entre o número de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal e um percentual de aumento a ser aplicado sobre o mínimo da pena para cada uma delas, quando da fixação da pena base." (STF, Tribunal Pleno, TPA 5/AM, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 08.11.2018)

"1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido do não cabimento da revisão criminal quando utilizada como nova apelação, com vista ao mero reexame de fatos e provas, não se verificando hipótese de contrariedade ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, consoante previsão do art. 621, I, do CPP. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido." (STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 1339155/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJ 05.05.2019)

Urge invocar, ainda, a precisa advertência de Florêncio de Abreu, em face do tema revisão criminal, que bem espelha o quadro em discussão:

"Os casos especificados em que se faculta a revisão das sentenças condenatórias penais não são demonstrativos, mas taxativos. Conforme já acentuamos no nº 192, a ordem jurídica seria com frequência perturbada, caso se não imprimisse conveniente estabilidade às decisões da justiça. Autorizar-se a revisão em qualquer caso, sob qualquer título, traria como consequência inevitável a desmoralização da autoridade da coisa julgada, pois contínuos pedidos de revisão contra a maioria das decisões dariam a impressão de que os erros judiciários são coisa habitual, quando, ao contrário, como observam Borsani e Casorati, devem ser considerados evento extraordinário e excepcional" (in "Comentários ao Código de Processo", vol. V, artigos 563 a 667, Ed. Revista Forense, 1945, pág. 423)

De fato, o conhecimento e o deferimento de revisões criminais fora das

Acesso ao Sumário

estritas hipóteses legais são geradores de insegurança jurídica, além de constituir em injustificável e intolerável estímulo à distribuição de pedidos manifestamente descabidos, na maior parte das vezes, meras reiterações de teses já avaliadas, debatidas e esgotadas em dois graus de jurisdição.

No caso *sub examine*, almeja-se a absolvição do acusado Adilson Androni da Silva, a pretexto de que a decisão condenatória transitada em julgado restou contrária à evidência dos autos e a texto expresso em lei, e que novas provas têm o condão de determinar sua inocência, em face da ulterior decisão administrativa tomada pelo Conselho Regional de Medicina de São Paulo - CREMESP/SP, que julgou improcedente o processo ético-profissional movido contra o peticionário, e da conclusão de perícia médica particular, o que, a rigor, não se adequa a quaisquer das hipóteses legais de cabimento da ação em tela, pois, do contrário, admitir a pretensão, pelos fundamentos deduzidos nesta via, nitidamente importaria em nova interpretação daquilo que já foi exaustivamente analisado pelo Órgão Colegiado.

Contudo, prestigiando o princípio constitucional da ampla defesa, mas com tais ressalvas, conhece-se da rescisória criminal, anotando-se, desde logo, que malgrado tenha se alicerçado no artigo 621, incisos I e III, do Código de Processo Penal, os argumentos invocados não se mostram aptos a alterar o mérito da respeitável decisão que se busca rescindir.

Pois bem.

Mauro Augusto Marchiori Junior e o peticionário Adilson Andrioni da Silva foram condenados, definitivamente, como incursos no artigo 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal, a 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de detenção, em regime inicial aberto, substituída as privativas de liberdade por restritivas de direitos, o primeiro porque, no dia 23 de junho de 2010, no Centro Médico de Campinas, agindo com imprudência e com inobservância de regra técnica de profissão, concorreu culposamente para a morte de *Claudio Segura*, ocorrida no dia 26 daquele mês, ao passo que o segundo, entre os dias 23 e 26 de junho de 2010, na Casa de Saúde de Campinas, também agindo com imprudência e com inobservância de regra técnica de profissão, concorreu culposamente para a morte da mencionada vítima no dia 26 de junho de 2010.

Conforme pormenorizadamente reexaminado pelo v. Acórdão rescindendo, e confrontado com o acervo probatório produzido sob o crivo do contraditório, a materialidade restou induvidosa e satisfatoriamente demonstrada pela certidão de óbito, laudo de biópsia, aviso de sinistro de companhia de seguros, documentos de internação e fichas clínicas, resultados de exames, parecer médico legal da Polícia Técnico-Científica afirmando que houve omissão de socorro, Relatório de Sindicância nº 161.201/2010 do Conselho Regional de Medicina, parecer técnico do Setor Técnico do Centro de Apoio Operacional à Execução , assim como pela prova oral colhida em Juízo.

Acesso ao Sumário

A autoria e a imputada conduta culposa de ambos os réus foram igualmente respaldadas pelo acervo probatório coligido sob o crivo do contraditório.

Isso porque, a prova oral, aliada especialmente aos documentos médicos, exames e pareceres técnicos, bem evidenciaram que, no dia 23 de junho de 2010, a vítima *Claudio Segura*, paciente gastrectomizado, submeteu-se a procedimento conjunto de colonoscopia e endoscopia, a fim de retirar material para biópsia, porém, após o exame, embora constatado seu mal-estar e sangramento, foi liberado pelo médico Mauro Augusto Marchiori Júnior, por entender que seu quadro clínico era estável.

Outrossim, restou incontroverso que naquela mesma data, no período da noite, a vítima procurou assistência médica, mas em outro hospital - "Casa de Saúde de Campinas" -, em razão da persistência de seu mal-estar e por vomitar sangue, sendo então examinado, medicado e liberado. No entanto, algumas horas depois, *Claudio* retornou àquele hospital, devido à piora de seu quadro clínico, oportunidade em que foi avaliado pela testemunha Evandro Naia, médico responsável por determinar sua internação, em face dos sinais que indicavam possível hemorragia.

Assim, no dia seguinte à admissão hospitalar - 24 de junho de 2010 -, a vítima foi submetida a novo exame de endoscopia, por meio do qual foi constatado sangramento no local da biópsia, procedendo-se ao estacamento da hemorragia, e autorizada sua alta no dia 25 daquele mês pelo peticionário Adilson.

A propósito, ouvido em Juízo, por carta precatória, o médico cardiologista Evandro Naia confirmou ter atendido a vítima na mesma data em que ela havia se submetido ao exame de endoscopia e, diante da suspeita de hemorragia, solicitou sua internação, passando então a ficar sob os cuidados do revisionando Adilson Andrioni. Ocorre que, no dia 26, um dia após o peticionário ter dado alta à vítima, esta regressou já com quadro de choque hipovolêmico avançado e faleceu, a despeito das intervenções que se seguiram (vide fls. 551/552 - autos originários).

Importante destacar que a esposa da vítima, Sônia Maria Rogatto, nas oportunidades em que ouvida, rememorou que seu marido começou a passar mal ainda no Centro Médico, após a realização da primeira endoscopia, destacando que muito embora houvesse vomitado sangue no local, foi liberada. Asseverou que a vítima persistiu com os mesmos sintomas em casa, razão pela qual retornaram ao Centro Médico, onde o réu Mauro Augusto a atendeu, aventando que seu estômago poderia ter sido perfurado. Contudo, ainda assim, foi novamente liberado pelo profissional. Durante a madrugada, voltou a passar mal, vomitando sangue, o que motivou sua internação na "Casa de Saúde", onde novamente se submeteu a exame de endoscopia, pelo qual se constatou que o local da biopsia não havia sido cauterizado. A hemorragia foi controlada e a vítima recebeu alta no dia seguinte. Um dia após, em sua casa, a vítima piorou e

Acesso ao Sumário

foi levada à "Casa de Saúde", vindo, porém, a óbito (fls. 482 - autos originários).

Destaca-se, ainda, a oitiva judicial do médico André Brandalise, que ponderou o fato de a vítima ser gastrectomizada, fator de alto risco de desenvolver câncer de estômago. Dado esse contexto, uma vez que ela se queixava de dificuldade para comer, o acusado Mauro Augusto solicitou exames de endoscopia e colonoscopia. Foi o responsável pela endoscopia com biópsia, seguida pela colonoscopia realizada pelo réu Mauro Augusto. Acrescentou que a alta hospitalar deve levar em conta o acompanhamento do paciente e não apenas o exame realizado (fls. 606 - autos originários).

Por seu turno, a testemunha de defesa Márcio Henrique de Paula Ribeiro relatou ter atendido a vítima por ocasião de sua internação, nela realizando a segunda endoscopia, a pedido do peticionário Adilson, que suspeitava de possível hemorragia digestiva. Pelo exame, foi constatado um coto vascular com coágulo, que seria o motivador do sangramento. Optou por realizar hemostasia com adrenalina para impedir novo sangramento. Após o exame, o paciente acordou sem queixas e retornou à ala em que estava internado, sob os cuidados do revisionando Adilson. Afirmou que inexiste protocolo médico para hipótese de sangramento pós biópsia endoscópica (fls. 606 - autos originários).

As demais testemunhas de defesa ouvidas em Juízo, os médicos Valdir Tercioti Jr. e Ciro Garcia Montes, não prestaram atendimento à vítima, tendo tecido comentários acerca da imagem colacionada aos autos e sobre o protocolo médico na hipótese de sangramento digestivo após o procedimento de endoscopia (fls. 606 - autos originários).

Com efeito, em acurado reexame à prova oral, conjuntamente com as provas documentais, consubstanciadas nos pareceres técnicos de fls. 151/154, 309/312, 320/330 e 666/689 (autos originários), restou seguramente evidenciada a responsabilidade criminal concorrente de ambos os réus, por procederem à altas precipitadas concedidas à vítima, a qual, sem contar com a assistência médica e hospitalar, teve rapidamente agravado o seu quadro de saúde, culminando, com o seu óbito.

Diante dos fatos que antecederam a morte da vítima e de suas circunstâncias, o v. Aresto impugnado bem ponderou que não há como sustentar que as sucessivas condutas dos médicos acusados tenham sido regulares, diligentes e apropriadas em face da evolução negativa da saúde do paciente, ainda que ele houvesse apresentado pontuais e curtos episódios de estabilização em seu estado clínico, de forma que suficientemente caracterizado o desdobramento fatal advindo das imputadas ações imprudentes e não de mera fatalidade.

Repise-se que a conduta culposa imputada aos réus restou corroborada pela prova pericial, uma vez que quatro pareceres distintos evidenciaram a relação entre a liberação precoce da vítima quando supervisionada e o seu óbito (fls. 151/154, 309/312, 320/330 e 666/689, dos autos originários).

Acesso ao Sumário

O parecer médico legal oriundo do IML apontou a omissão de socorro atribuída aos acusados, ao passo que o laudo médico judicial concluiu que ambas as altas se deram em desconformidade com a literatura médica, eis que prematuras, ressaltando, ainda, o nexo causal dessa imprudência com o falecimento da vítima (fls. 151/154; 666/689, dos autos originários).

Depreende-se da conclusão do ilustre perito, cujo trabalho foi oferecido pela assistente de acusação, que naquelas circunstâncias e diante do histórico recente apresentado pelo paciente, era indicada cirurgia por ter ocorrido perfuração gastroduodenal consequente à terapêutica endoscópica, procedimento que não fora recomendado por qualquer dos acusados, tendo sido apontado pelo *expert*, inclusive, que o risco de sangramento em repetição recomendava a permanência da hospitalização do paciente por no mínimo setenta e duas horas após a última endoscopia, o que não foi observado na hipótese (fls. 675, dos autos originários), circunstâncias que, em seu conjunto, configuram o descumprimento do dever objetivo de cuidado no exercício da profissão.

Em ambas as instâncias de julgamento, assentou-se, portanto, o nexo de causalidade entre a ação dos réus e o resultado morte da vítima, que por três oportunidades procurou socorro, sendo atendido pelos acusados, mas estes lhe deram alta sem que fosse observado um período mínimo de segurança, tanto assim que seguidamente a ambas as liberações, o paciente apresentou piora em seu quadro clínico, sendo que logo após a última alta, esta realizada pelo peticionário, retornou à "Casa de Saúde" já com quadro irreversível de hemorragia e choque hipovolêmico que resultou em sua morte, a reforçar a conclusão de que houvesse permanecido cautelarmente sob observação e avaliação periódica, como o caso recomendava, a pronta e imediata intervenção médica poderia ter detectado a hemorragia e eventualmente evitado seu óbito.

Nessa perspectiva, respeitada a combatividade da ilustre Defesa do peticionário, em que pese a superveniente absolvição pelo Conselho Regional de Medicina de São Paulo, no âmbito do julgamento do processo ético-profissional contra ele instaurado, a conclusão colegiada daquele órgão não consubstancia nova prova hábil a afastar a responsabilidade penal definitivamente assentada na esfera penal, em face da compreensão firmada quanto à independência entre as instâncias administrativa, civil e criminal, salvo na hipótese de, nesta última, se reconhecer a inexistência material do fato ou negativa de autoria.

Acesso ao Sumário

Destarte, as conclusões tomadas pelo mencionado órgão de classe, muito embora respeitáveis, não constituem prova nova que se amolde à hipótese prevista pelo inciso III, do artigo 621, do Código de Processo Penal, mas, tão-somente, entendimento administrativo diverso daquele sufragado na esfera penal pelo v. Acórdão impugnado, não tendo, porém, o condão de modificar o julgado.

Nessa direção é o entendimento firmado pelos Tribunais Superiores:

"Agravo Regimental no Habeas Corpus. Penal. Processo penal. Homi-

cídio culposo. Erro médico. Reexame de fatos e provas. Produção de prova técnica. Acórdão condenatório baseado em outras provas: possibilidade. Art. 182 do código de processo penal. Reconhecimento de não culpabilidade pelo Conselho Regional de Medicina de São Paulo. Independência das instâncias penal e administrativa. Agravo regimental ao qual se nega provimento." (STF, HC nº 166.674/SP, Relª. Minª Cármen Lúcia, DJ 07.02.2019).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA COLEGIALIDADE E DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 932, III, CPC - ART. 3º DO CPP. ART. 34, XX E ART. 202 DO RISTJ. SÚMULA N. 568/STJ. HOMICÍDIO CULPOSO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. AVALIAÇÃO DE PROVA TÉCNICA. PARECER DO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA. PRETENDIDA OBSERVAÇÃO DESTA EM DETRIMENTO DOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA ENTRE PROVAS. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. RECURSO DESPROVIDO. (...) VI - Esta Corte entende que no sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional, adotado pela Constituição Federal, não há que se falar em hierarquia entre elementos probatórios, de modo que a conclusão de laudo pericial não vincula o Magistrado, que poderá formar sua convicção com base nos demais elementos que constituem o arcabouço probatório acostado nos autos da ação penal. Precedentes. VII - É sólida a jurisprudência desta Corte no sentido de que as esferas cível, administrativa e penal são independentes, de modo que a decisão proferida pelo Conselho Regional de Medicina, favorável à paciente, não determina o resultado da ação penal. Precedentes. Agravo regimental desprovido." (STJ, 5ª Turma, AgRg no HC nº 470.992/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 27.11.2018).

No mesmo sentido já se pronunciou este Egrégio Tribunal de Justiça:

"Homicídio culposo. Erro médico Culpa bem delineada. Réu que deveria ter repetido o eletrocardiograma diante das condições da paciente e não o fez. Independência em relação à instância administrativa, na qual foi absolvido. Não obstante, a própria sindicância do CRM aponta a ausência de repetição do eletrocardiograma. Presentes a quebra do dever objetivo de cuidado e a previsibilidade do resultado. Afastado o aumento incidente sobre a pena-base. O tempo em que a vítima ficou à disposição do acusado não denota, por si só, maior reprovabilidade do comportamento. Excluída a majorante em razão do bis in idem. A regra

Acesso ao Sumário

técnica inobservada pelo acusado é o próprio fundamento da culpa anteriormente reconhecida. Mantido o regime mais brando. Substituída a sanção reclusiva, diante da nova reprimenda, apenas por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade. Remessa dos autos à origem para que se dê a oportunidade de manifestação ao Ministério Público quanto aos benefícios da Lei 9.099/90 Súmula 337" (TJSP, 12ª Câmara de Direito Criminal, Apelação nº 0009365-45.2013.8.26.0189, Rel. Des. Amable Lopez Soto, DJ 18.08.2020).

O mesmo se diga em relação ao parecer técnico de perito médico particular trazido com as razões revisionais, que, a despeito de sua conclusão, não se mostra apto a desnaturar o desate condenatório lançado em desfavor do peticionário, pois, como se viu, ancorou-se em sólido acervo probatório, composto inclusive por provas técnicas e pericial, submetidas ao crivo do contraditório e pontualmente analisadas em conjunto com a prova oral colhida em Juízo, por ocasião do julgamento do recurso de apelação interposto defensivamente.

Assim, diversamente do sustentado nas razões da presente ação, os elementos invocados nesta via, ainda que alcançados após a condenação do peticionário, não constituem provas novas aptas a lastrear o pleito revisional, porquanto não elidem a responsabilidade criminal assentada tanto pela sentença monocrática de primeiro grau, quanto pelo v. Acórdão impugnado, não podendo se ignorar, em paralelo, que as reputadas novas provas aqui trazidas tampouco foram submetidas ao contraditório, perante o Juízo da condenação, na denominada ação de justificação criminal, medida preparatória que conta com participação do Ministério Público, nos termos do artigo 381, inciso III, do Código de Processo Civil, c.c. o artigo 3º, do Código de Processo Penal.

Portanto, tendo o quadro probatório patenteado o crime denunciado, inarredável arrematar que a condenação não contrariou a evidência dos autos ou texto expresso de lei, tampouco se fundou em depoimentos comprovadamente falsos, sendo certo, ainda, que não se descortinou nova prova da inocência do condenado, de sorte que a *res judicata* deve ser prestigiada.

A dosimetria penal, de igual modo, não comporta reparo, porquanto idoneamente motivada, ao passo que, a par de sequer impugnada, não restou evidenciado erro técnico ou injustiça explícita do julgado.

Aliás, ***"a pena só pode ser alterada pela via revisional quando contenha algum erro técnico, contrariando texto expresso da lei penal, ou quando, após a sentença, se descobrirem novas provas ou circunstância que determine ou autorize diminuição especial da reprimenda, conforme disposto no artigo 621, inciso I e III, do Código de Processo Penal."*** (RT 763/546).

Nesse contexto todo, inexistindo desproporcionalidade, rigor excessivo ou afronta à lei e ao princípio constitucional da individualização da pena, não servindo interpretação jurisprudencial para remodelações em sede revisional e

Acesso ao Sumário

não tendo sido nada de novo aqui apresentado, a reprimenda e regime impostos devem ser mantidos tais como definitivamente estabelecidos.

Ante o exposto, **INDEFIRO** o pedido de revisão proposto em favor de Adilson Andrioni da Silva.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2275981-17.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUARUJÁ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARUJÁ.

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 56.478)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, 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 e RICARDO DIP.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2024.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Autor: Prefeito do Guarujá. Lei nº 4.063, de 17/2/2014, que cria o Conselho Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor e institui o Fundo Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor. Iniciativa de honorável membro da Edilidade. Violação da separação de poderes. Divórcio em relação ao Tema STF/917. Criação de organismos ínsitos ao Poder Executivo, composição e respectivo fundo em desobediência aos arts. 5º; 24, § 2º, nº 2; 174, inc. III e seu § 4º, nº 1, e 176, inc. IX cc 144, todos da Const. Estadual. Fixação de prazo para o Prefeito regulamentar a instalação de ambos, que importa mais outra inconstitucionalidade. Ação procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

ADI do Prefeito do Guarujá para afirmar a inconstitucionalidade da Lei local nº 4.063, de 17/2/2014, que criou o Conselho Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor e instituiu o Fundo Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor. Exordial em que se alega violação da separação de poderes, eis que o texto legal ora impugnado é de autoria de e. Vereador, em contradição com a reserva de iniciativa própria do chefe da Administração. Ademais, a criação do fundo dependeria de previsão na lei orçamentária correspectiva, também de iniciativa do ora autor, o que simplesmente não aconteceu.

Processada sem antecipação de tutela (fls. 40/41, em 12/10/2023), nos autos encontramos o silêncio da PGE (fl. 68), a manifestação da Câmara Municipal (fls. 50/58) e o parecer final da d. Subprocuradoria-Geral de Justiça, pela procedência (fls. 73/87).

É o resumo do necessário.

Voto nº 56.478

A lei objeto desta ação direta de inconstitucionalidade acha-se reproduzida a fls. 2/7, 34/38 e 75/81, igualmente existindo prova de que a mesma foi produto da atividade legislativa de honorável integrante da Câmara Municipal local (leia-se a fl. 51).

Como dito, através dela a Edilidade não apenas criou o Conselho Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor, como ainda instituiu o Fundo Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor, estabelecendo prazo de 60 dias para sua regulação pelo e. Chefe do Poder Executivo (art. 10).

Ainda que a ideia seja merecedora de aplausos, olvidou-se a Edilidade de atender o esquema constitucional de distribuição de atribuições, importando invasão do Legislativo no rol de prerrogativas do Prefeito. A título exemplificativo, no âmbito estadual, foi do então governador a propositura, à ALESP, do Projeto 0618/1994, que resultou na edição da Lei Estadual nº 9.192, de 23/11/1995, que tratou da criação e instalação do PROCON.

De sorte que, dentre as regras a serem rigorosamente obedecidas na formulação de uma lei, encontra-se a da competência privativa do Chefe do Poder Executivo para a deflagração do processo legiferante em determinadas matérias, estabelecidas no art. 24, § 2º, da Constituição Paulista: "1 – criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração; 2 – criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 47, XIX (...) 4 – servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria (...)".

As regras concernentes à reserva de iniciativa legislativa de determinadas matérias a este ou àquele agente político são de obrigatória observância pelos municípios, em razão do princípio da simetria na organização dos entes federa-

Acesso ao Sumário

tivos e do disposto no artigo 144 da Constituição do Estado.

Sem prejuízo, a lei em comento, dentre outros, indica oito integrantes da Administração Pública municipal extraídos de secretarias locais, ou seja, a norma cuidou, portanto, novamente, de matéria a ser versada exclusivamente em lei de iniciativa do Prefeito Municipal, de acordo com o artigo 24, § 2º, 2, da Constituição Estadual. Sem olvidar que cria diversas incumbências legais e patrimoniais a serem desempenhadas pelo Executivo. A respeito, chamo atenção para o pagamento de jetons aos integrantes, consoante assim posto no seu art. 7º, § 1º, inc. VII.

Oportuno, então, invocar o enunciado do Tema 917 do STF: atendendo-se à natureza e à extensão da divisão funcional do poder, é lícito ao Poder Legislativo instituir políticas públicas **desde que não tangencie o núcleo da reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo ou da reserva da Administração**, como deflui das premissas do julgamento em repercussão geral, entendimento firmado no col. STF, leia-se o resultado do RE 1412155 SP.

Noutras palavras, oportuno repetir, ao Poder Legislativo será consentido estabelecer o que (o Poder Executivo) pode ou deve fazer, **mas não como fazê-lo**, porque, salvo competências constitucionalmente vinculadas, **remanesce ao Poder Executivo**, como órgão de governo, **a escolha dos meios de cumprimento das obrigações fixadas pelo Parlamento, e que se rende ao âmbito de sua discricionariedade (escolhas, opções, alternativas) – simples ou técnica – à luz da realidade e da possibilidade da medida dos recursos (humanos, materiais) disponíveis, da influência da técnica, da ciência e da tecnologia, das condicionantes do ordenamento jurídico inteiro, e dos aspectos econômicos, financeiros e orçamentários**.

No presente caso, apartando-se destas lições, a Câmara Municipal do Guarujá não só desenhou e criou o organismo por inteiro, como ainda **assinalou prazo para sua regulamentação pelo Prefeito**, cingindo-lhe por completo suas atribuições constitucionais. Oportuno recordar que é indelegável uma atividade nuclear de um poder para outros poderes de Estado. Nesse ponto vislumbro mácula quanto ao disposto no art. 10º, o que também representa indevida ingerência na seara de atuação do Poder Executivo e, para reforçar o argumento, invoco três julgamentos deste Órgão Especial, todos de relatoria da Des. Luciana Bresciani rechaçando fixação de prazos para organização dos serviços, prazos aqueles que foram estabelecidos pelo Legislativo, confira-se nas ADIs 3001703-12.2023.8.26.0000 (30/8/2023), 2257827-82.2022.8.26.0000 (6/9/2023) e 2144748-91.2023.8.26.0000 (13/9/2023). É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da **incompatibilidade de disposições que estabeleçam prazos ao Chefe do Poder Executivo para apresentação de projetos de lei ou para a regulamentação de disposições legais.** Hipótese de violação dos arts. 2º e 84, II, da Constituição Federal (ADI 4052, j. 4/7/2022,

Acesso ao Sumário

Rel. Min. Rosa Weber), que bem cabem no âmbito municipal, mais uma vez em razão da já alentada simetria.

Repete-se o vício na criação do fundo. Não bastassem as infrações à separação de poderes e reserva normativa do Chefe do Executivo, ainda se olvidaram, os e. parlamentares, dos rigores da criação da base de recursos [orçamento anual], que deveriam estar previstas na lei orçamentária – também de iniciativa do Chefe da Administração. Transcrevo o disposto no art. 174, inc. III, e seu § 4º, n. 1, da Const. Estadual ('verbis'):

"Artigo 174 – Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão, com observância dos preceitos correspondentes da Constituição Federal:

(...)

III – os orçamentos anuais.

(...)

§ 4º – A lei orçamentária anual compreenderá:

1 – o orçamento fiscal referente aos Poderes do Estado, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público (...)".

Ademais, oportuno invocar o teor do art. 176, inc. IX, além do texto do art. 38 do ADCT:

"Artigo 176 – São vedados:

(...)

IX – a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.

(...)

Artigo 38 – Os conselhos, fundos, entidades e órgãos previstos nesta Constituição, não existentes na data da sua promulgação, **serão criados mediante lei de iniciativa do Poder Executivo**, que terá o prazo de cento e oitenta dias para remeter à Assembleia Legislativa o projeto. No mesmo prazo, remeterá os projetos de adaptação dos já existentes e que dependam de lei para esse fim".

Como visto, é certo que a criação de fundo público municipal deve se dar por meio de lei, em atenção ao disposto no art. 176, IX, da Constituição Estadual. No entanto, o exame do texto constitucional paulista, especificamente do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, corrobora a conclusão de que **a instituição de fundos públicos é matéria típica de projeto de lei de autoria exclusiva do Chefe do Poder Executivo**, segundo o legislador constituinte decorrente. Com efeito, diferentemente do fundo público ora avaliado, alguns fundos estão previstos diretamente no texto da Constituição do Estado, tais como o Fundo de Melhoria das Estâncias; Fundo de Desenvolvimento Econômico e Social do Vale do Ribeira e do Pontal do Paranapanema; Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza; e Fundo Estadual de Fomento à Cultura. E não sendo estes [caso deste processo], indispensável a criação por lei de inicia-

Acesso ao Sumário

tiva do chefe da Administração.

Em consonância com determinação do art. 38 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, aqueles fundos previstos expressamente na Constituição Estadual que não existissem quando de sua promulgação, deveriam, repito, ter sido criados mediante projeto de lei de autoria do Poder Executivo, a ser encaminhado ao Poder Legislativo em cento e oitenta dias a partir da promulgação do texto constitucional. Diante da instituição, pela norma combatida, do referido patrimônio a ser gerido por órgão público subordinado ao Poder Executivo, restou configurado vício formal de constitucionalidade também quanto a essa parte da lei, por usurpação de iniciativa legislativa reservada ao Prefeito Municipal.

Meu voto, então, data vênia, propõe que se julgue procedente esta ação direta de sorte a declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 4.063, de 17/2/2014. Nem é hipótese de modulação ou ressalva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2227695-08.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ÓLEO e PRESIDENTE DA CÂMARA DO MUNICÍPIO DE ÓLEO.

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 54.896)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), FIGUEIREDO GONÇALVES, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, EUVALDO CHAIB, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 6 de março de 2024.

MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – EXPRESSÃO "SALVO QUANDO OBEDEÇA A CLÁUSULAS UNIFORMES" CONTIDA

Acesso ao Sumário

NO INCISO I DO ARTIGO 70 DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE ÓLEO, A QUAL AUTORIZA O PREFEITO E O VICE-PREFEITO A FIRMAREM OU MANTEREM CONTRATO COM CLÁUSULAS UNIFORMES COM PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO, AUTARQUIA, EMPRESA PÚBLICA, SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA OU CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – AGENTES ELETIVOS CAPAZES DE INFLUENCIAR OS RUMOS DAS CONTRATAÇÕES MUNICIPAIS – INVASÃO DA COMPETÊNCIA NORMATIVA DA UNIÃO A QUE ALUDE O ART. 22, INCISO XXVII DA CF NO ÂMBITO DE NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – OFENSA A PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVA, PREVISTOS NO ARTIGO 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO ARTIGO 111 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, APLICÁVEIS AOS MUNICÍPIOS POR FORÇA DO DISPOSTO NO ARTIGO 144 DA MESMA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – EXCEÇÃO INADMISSÍVEL À TESE FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO TEMA 1001 DAQUELA CORTE – AÇÃO PROCEDENTE.

VOTO

É ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça em face da expressão "salvo quando obedeça a cláusulas uniformes" contida no inciso I do artigo 70 da Lei Orgânica do Município de Óleo, o qual assim dispõe:

"Artigo 70. O Prefeito e o Vice-Prefeito deverão desincompatibilizar-se desde a posse, não podendo, sob pena de perda do cargo:

I – firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou concessionária de serviço público, salvo quando obedeça a cláusulas uniformes".

Sustenta o autor que a expressão impugnada, ao criar exceção à hipótese de proibição de o Prefeito e o Vice-Prefeito contratarem com a administração pública, invadiu competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação com administração pública e ofendeu os princípios de moralidade e impessoalidade, violando o artigo 22, inciso XXVII, da

Acesso ao Sumário

Constituição Federal e os artigos 111 e 144 da Constituição Estadual.

Postula procedência da ação para que seja declarada a inconstitucionalidade da expressão "salvo quando obedeça a cláusulas uniformes" contida no inciso I do artigo 70 da Lei Orgânica do Município de Óleo.

A Procuradoria-Geral do Estado, embora tenha sido citada, não se manifestou (fls. 182).

Prefeito e o Presidente da Câmara Municipal de Óleo prestaram informações (fls. 188/192 e 194/197).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 202/207).

É o Relatório.

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 a esse fim lei orgânica municipal, o que se consigna a propósito de ter sido invocada nas informações.

Compete privativamente à União legislar sobre **normas gerais** de licitação e contratação pública (CF, art. 22, inciso XXVII), entre as quais se inserem os impedimentos subjetivos para contratação pela Administração Pública, que não poderiam ser excepcionados pela legislação municipal para possibilitar a certos agentes políticos do município celebrar contrato administrativo desde que obedeçam a cláusulas uniformes, em invasão da competência normativa da União, mesmo que se reconheça a competência legislativa suplementar de Estados, Distrito Federal e Municípios para ajustamento às suas especificidades e peculiaridades regionais e locais, do que não se cuida, disse bem o Subprocurador-Geral de Justiça.

De resto, o Plenário do STF, ao apreciar o Tema 1001 daquela Suprema Corte, fixou a seguinte tese para fins de repercussão geral:

"É constitucional o ato normativo municipal, editado no exercício de competência legislativa suplementar, que proíba a participação em licitação ou a contratação: (a) de agentes eletivos; (b) de ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança; (c) de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer destes; e (d) dos demais servidores públicos municipais" (RE nº 910.552/MG, Relator para acórdão Ministro Roberto Barroso, DJe 09.08.2023).

Pelo que se depreende do voto do Ministro Roberto Barroso, relator para o acórdão, as pessoas acima elencadas, em razão do mandato que exercem, do cargo que ocupam ou do vínculo de parentesco que mantêm com agentes pú-

Acesso ao Sumário

blicos, têm potencial de influenciar os rumos das licitações e contratações realizadas pela Administração Pública, e o impedimento de participarem de tais procedimentos e avenças decorre não apenas das leis de regência, mas primordialmente dos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade administrativa, os quais visam a preservar a lisura dos contratos firmados pela Administração Pública e das licitações por ela promovidas.

Diante disso, verifico que a parte final do inciso I do artigo 70 da Lei Orgânica do Município de Óleo, ao permitir que, obedecidas cláusulas uniformes, agentes eletivos com forte potencial de influenciar os rumos das contratações municipais – Prefeito e Vice-Prefeito – possam firmar ou manter contratos com pessoas jurídicas de direito público, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou concessionárias de serviço público, viola os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, previstos no artigo 37, caput, da Constituição Federal e no artigo 111 da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força do que dispõe o artigo 144 da mesma Constituição Estadual, assim como a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, para fins de repercussão geral, no Tema 1001 daquela Suprema Corte, ao lhe estabelecer clara exceção.

Pelo exposto, julgo procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão "salvo quando obedeça a cláusulas uniformes" contida no inciso I do artigo 70 da Lei Orgânica do Município de Óleo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2287590-94.2023.8.26.0000, 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 ITIRAPUÃ e PREFEITURA MUNICIPAL DE ITIRAPUÃ.

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 56.485)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, EUVALDO CHAIB, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO

Acesso ao Sumário

GOUVÊA, MATHEUS FONTES e FIGUEIREDO GONÇALVES.

São Paulo, 6 de março de 2024.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Câmara Municipal de Itirapuã. Parte do disposto no art. 132 de seu Regimento Interno: "ato de reflexão (...)". Contraposição à laicidade do Estado. Precedentes do STF e deste Órgão Especial. Ação procedente.

VOTO

Cuida-se de ação direta proposta pelo d. Procurador-Geral de Justiça para declarar a inconstitucionalidade da expressão "ato de reflexão (leitura de salmos, pensamentos, bíblia, ou a critério do Presidente)", constante do art. 132, caput, da Resolução nº 01/2000 da Câmara Municipal de Itirapuã, com fulcro nos arts. 111 e 144 da Carta Estadual (fls. 1/10). Alega-se que o preceito normativo impugnado se revela incompatível com os arts. 5º e 19, I e III, da Constituição da República, que se aplicam aos Municípios por força do art. 29 desta última e do art. 144 da Constituição Estadual.

Citada, a PGE, como o Prefeito local, ficou silente (fls. 108/109).

A Edilidade observou em suas informações (fls. 101/106), que *"(...) houve tentativa, após solicitação do Excelentíssimo Senhor Doutor Subprocurador-Geral de Justiça Jurídica, de alteração do Regimento Interno da Casa por meio do Projeto de Resolução nº 05, de 02 de agosto de 2023, apresentado pela Mesa Diretora desta Câmara Municipal, no uso de suas atribuições. Contudo, tal Projeto de Resolução não prosperou em razão de divergências políticas que culminaram em grande comoção social entre a população local e vereadores da oposição, com mobilização contra a Mesa Diretora e veiculação de informações tergiversadas a respeito, dissonantes da realidade fática de se adequar o Regimento Interno à Constituição Federal (...)"* (verbis).

Ao cabo, o r. parecer da d. Subprocuradoria Geral de Justiça foi pela procedência (fls. 114/117).

Este o relatório.

Voto nº 56.485

O texto normativo impugnado acha-se reproduzido a fls. 53 e 101. Transcrevo-o a seguir, extraído do Regimento Interno da Câmara Municipal de Itirapuã (Resolução local n. 01/2000): *"Art.132:O Pequeno Expediente terá duração de 30 (tinta) minutos e se destinará à leitura da ata da sessão anterior, das correspondências dirigidas ao Poder Legislativo, ato de reflexão (leitura de salmos, pensamentos, bíblia, ou a critério do Presidente) e indicações devidamente apresentadas, obedecida a ordem de leitura dos expedientes (...)"* (verbis).

Acesso ao Sumário

O pedido expresso posto a fl. 8 da exordial diz respeito a parte do sobredito art. 132, confira-se: *"requer-se o recebimento e o processamento da presente ação para que, ao final, o pedido seja julgado procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão 'ato de reflexão (leitura de salmos, pensamentos, bíblia, ou a critério do Presidente)' do art. 132 do Regimento Interno da Câmara Municipal de Itirapuã"*.

Observo que esta ADI surgiu por provocação de particular que assinou a representação copiada a partir de fl. 11 e seguintes. Respeita-se a irresignação popular descrita na manifestação da Edilidade (fl. 102), contudo, há que se recordar a prevalência, em nome da isonomia de tratamento e mesmo da segurança jurídica, da submissão deste col. Órgão Especial às decisões do Supremo Tribunal Federal e das normas legais consignadas no bojo do CPC-2015, a saber, seus arts. 489, § 1º, VI, 926 e 927. Destas exsurgem diversos apontamentos, especialmente que *"Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente", bem como que "Os juízes e os tribunais observarão as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade"*. Vale dizer, não se há falar nem em autonomia municipal, nem mesmo em intromissão em assunto de outro Poder de Estado (**leia-se a respeito o enunciado do Tema STF/1120**), mesmo porque a Constituição Federal expressamente aponta no art. 19, incs. I e III:

> *"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"*.

Estes dispositivos absolutamente incidentes no âmbito local em razão do disposto no art. 144 da Constituição Estadual:

> *"Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição"*.

Vê-se, pois, que em nome da unidade nacional e na boa gerência da coisa pública, delimitaram-se as possibilidades de respeitar peculiaridades regionais.

Feitas as observações iniciais, e ressalvado meu posicionamento pessoal, estampado em **situação diversa** explicada no meu voto parcialmente divergente, encontrável no julgamento, nesta Corte, da ADI 2227540-05.2023.8.26.0000, em 6/12/2023, **observo que em relação ao aqui discutido o assunto ficou superado com o qualificado pronunciado da Corte Suprema por ocasião da edição do resultado da ADPF n. 54**, rel. o Min. MARCO AURÉLIO, na sessão

Acesso ao Sumário

de 12/4/2012 (verbis):

"(...) 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 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 (...)".

E conclui mais adiante (novamente, verbis):

"(...) 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 (...)".

Resumindo, *"o Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões"* (também extraído do aresto mencionado acima).

As citações jurisprudenciais são importantes porque partiram do col. Supremo Tribunal Federal **enquanto intérprete máximo da Constituição** e balizam o exercício do direito pretoriano pelas demais cortes em assuntos como aquele tratado nesta ADI, pelas razões e normas já expostas neste voto. Ou seja, ao se abrir espaço, durante o curso do *Pequeno Expediente*, em cada sessão da Câmara Municipal de Itirapuã, para a leitura de salmos ou passagens da Bíblia Sagrada, a título de *Atos de Reflexão*, o legislador olvidou-se da laicidade, daí a inconstitucionalidade, tema que tem sido enfrentado por este col. Órgão Especial, a partir de ADIs inclusive do Procurador Geral de Justiça, confira-se:

Acesso ao Sumário

ADI 2157500-95.2023, rel. Des. MATHEUS FONTES; 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.

Pese minha então parcial divergência, repito, **declarada em razão de outras circunstâncias**, muito melhor tratou do assunto, nesta Corte, o e. Des. RICARDO DIP, ao lavrar o aresto majoritário na ADI 2227540-05.2023, **cuja preciosidade reconheço e dela não posso passar ao largo, pela relevância para o desfecho também desta nova causa** (verbis):

> *"(...) Distingam-se, pelos seus fins, a Bíblia, (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 a mesma Bíblia, (ii) enquanto expressão da cultura. Quando se afirma, por exemplo, a legitimidade de atos normativos que disponham sobre a aquisição da Bíblia para o acervo de bibliotecas públicas, tem-se em conta exatamente o valor irrecusável desse documento no plano cultural. Dietrich SCHWANITZ alista a Bíblia, ao lado da Odisseia e da Ilíada, por obras que estão à raiz da civilização europeia (Cultura geral, ed. Martins Fontes, São Paulo, 2007, p. 13 et sqq.); vários autores historiam-lhe a leitura ao largo dos tempos (História de la lectura en el mundo occidental, sob a direção de Guglielmo CAVALLO e Roger CHARTIER, ed. Taurus, Madri, 2001, passim); Ernst CURTIUS nela também assinala a poesia: 'Moisés, Jó, Davi e Salomão foram poetas. Cristo pregou em parábolas, portanto numa forma poética' (Literatura europeia e idade média latina, Edusp, 3.ed., São Paulo, 2013, p. 275). Quem entenderia molestar a neutralidade estatal um preceito que ditasse houvesse a Odisseia e a Ilíada em bibliotecas públicas, com o argumento de que essas obras propalam os deuses do paganismo? Como admitir que se daria ofensa dessa neutralidade com a exigência de as bibliotecas públicas terem em seus acervos o Talmud, o Corão e os Vedas, p.ex.?*
>
> *A perspectiva, porém, é outra, quando se trate de, num estado apenas teísta, obrigar haja uma Bíblia em um ato público, porque então já não se cuida de permitir o acesso a uma expressão cultural, mas, isto sim, trata-se de referir-lhe um sentido religioso. Não se pode negar, é verdade, que conste do texto bíblico uma série relevante de conceitos, juízos e episódios de interesse jurídico (cf., a título ilustrativo, Víctor RUIZ HUERTA, Instituciones de derecho civil relacionadas con la Bíblia, ed. Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, 2005, passim; HAIM COHN, Los derechos humanos en la Biblia y el Talmud , ed. Riopedras, Barcelona, 1996, passim; ÁTILA GONZÁLEZ e EROMAR OCTAVIANO, Citações jurídicas na*

Acesso ao Sumário

Bíblia, EUD, 4.ed., São Paulo, 1996, passim).

Isso, porém, não elimina a consideração do fim a que se dirige a disposição preceptiva de ter-se a Bíblia nas sessões parlamentares, por manifesto que a intenção dispositiva não é a de seu acesso com finalidades culturais, mas religiosos (...)".

E finalizo invocando escólio d'outro nome de destaque desta Corte, o e. Des. FERNANDO ANTONIO FERREIRA RODRIGUES, na sessão de 6/10/2021, por ocasião do julgamento da ADI 2030657-56.2021.8.26.0000 (verbis):

"É importante considerar, sob esse aspecto, que as regras sobre organização político-administrativa (contidas no Título III, Capítulo I, da Constituição da República) traduzem verdadeiro instrumento de calibração do pacto federativo. Vale dizer, como normas centrais da Constituição Federal, 'reproduzidas, ou não' na Constituição Estadual, 'incidirão sobre a ordem local', por força do princípio da simetria, a fim de conservar o modelo federalista e os padrões estruturantes do Estado, daí a possibilidade de utilização de dispositivos dessa natureza (centrais e estruturantes) no controle abstrato de normas municipais com base na norma remissiva do artigo 144 da Constituição Estadual.

Assim, verificada a incompatibilidade do dispositivo impugnado com a disposição do artigo 19, inciso I, da Constituição Federal, aplicável aos municípios por força do artigo 144 da Constituição Estadual, não resta outra solução, no caso, senão decretar a procedência da ação (...)".

A jurisprudência, como se vê, predica que a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais e, ao conter predileção por qualquer orientação religiosa, a norma atacada quebra não apenas o dever de neutralidade estatal, como também viola liberdade religiosa e de crença dos demais integrantes que eventualmente não professam a mesma fé (vide resultado da ADI n. 3478/RJ, Rel. Min. EDSON FACHIN, j. 20/12/2019).

Nesses termos, então, peço licença para propor que se julgue o presente pedido procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão "ato de reflexão (leitura de salmos, pensamentos, bíblia, ou a critério do Presidente)" do art. 132 do Regimento Interno da Câmara Municipal de Itirapuã.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2318093-98.2023.8.26.0000, 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, REVOGADA A TUTELA DE URGÊNCIA ANTERIORMENTE CONCEDIDA. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.339)**

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, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, EUVALDO CHAIB, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, FIGUEIREDO GONÇALVES e COSTABILE E SOLIMENE.

São Paulo, 6 de março de 2024.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Ementa: Direta de Inconstitucionalidade – Município de Piracicaba – Lei Municipal nº 9.979/2023, de iniciativa parlamentar, que "dispõe sobre a criação do Programa 'Banco de Ração e Utensílios para Proteção de Animais', no âmbito do Município de Piracicaba, e dá outras providências" – Jurisprudência deste C. Órgão Especial que já admitiu a imposição, pelo Poder Legislativo local, de obrigação genérica ao Poder Executivo relacionada à instituição de banco de ração e acessórios visando ao bem-estar e à proteção animal – Jurisprudência que apenas rejeita leis extensas e detalhadas, impondo obrigações acessórias ao Poder Executivo – Caso concreto em que a lei municipal de iniciativa parlamentar, embora tenha instituído banco de ração e de utensílios, não impôs obrigações acessórias extensas e detalhadas ao Poder Executivo, respeitando os limites de decisão política do Executivo – Constitucionalidade da norma – Improcedência da ação.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito do Município de Piracicaba, visando à declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 9.979, de 27 de outubro de 2023, que *"dispõe sobre a criação do*

Programa 'Banco de Ração e Utensílios para Proteção de Animais', no âmbito do Município de Piracicaba, e dá outras providências".

O autor alegou, em síntese, que a lei impugnada é inconstitucional porque: impõe à Administração Pública novos deveres e atribuições, matéria de iniciativa privativa do Chefe do Executivo; e está desacompanhada de estimativa de impacto orçamentário.

O autor requereu a concessão de medida liminar para suspender a eficácia da norma impugnada até o julgamento definitivo desta ação direta de inconstitucionalidade, o que foi deferido, pelas razões anteriormente expostas (fls. 47/49).

A Câmara Municipal prestou informações (fls. 58/68) e a D. Procuradoria Geral do Estado (fls. 92) não se manifestou.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 97/102).

É o relatório.

O pedido não comporta acolhimento.

Destaca-se o teor da norma impugnada:

LEI Nº 9.979, DE 27 DE OUTUBRO DE 2023.

Dispõe sobre a criação do Programa "Banco de Ração e Utensílios para Proteção de Animais", no âmbito do Município de Piracicaba, e dá outras providências.

(...)

Art. 1º Fica instituído, no âmbito do Município de Piracicaba, o "Banco de Ração e Utensílios para Proteção de Animais", gerido pelo Poder Executivo, com o intuito de oferecer, a título gratuito, gêneros alimentícios, perecíveis ou não, desde que em condições de consumo, bem como utensílios para animais, tais como coleiras, guias, casinhas, móveis, roupas, remédios, bolsa de transporte e brinquedos.

Art. 2º O estoque do "Banco de Ração e Utensílios para Proteção de Animais" será formado e mantido exclusivamente por doações.

Art. 3º São beneficiários do Programa "Banco de Ração e Utensílios para Proteção de Animais":

I – protetores e cuidadores independentes e cadastrados;

II – tutores de animais, cadastrados e que comprovem situação de vulnerabilidade social, assistidos ou não por entidades assistenciais;

III – ONG's (Organizações não Governamentais) ligadas à causa animal, devidamente constituídas e cadastradas;

IV – animais em situação de abandono.

Art. 4º Fica expressamente proibido qualquer tipo de comercialização dos bens e produtos recebidos, coletados e ou doados ao "Banco de Ração e Utensílios para Proteção de Animais".

Art. 5º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei, no que couber.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua Publicação.

Em primeiro lugar, deve-se reconhecer que este C. Órgão Especial já admitiu, uniformemente, a imposição, pelo Poder Legislativo local, de obrigação

Acesso ao Sumário

genérica ao Poder Executivo relacionada à instituição de banco de ração e acessórios visando ao bem-estar e à proteção animal.

Isso porque a mera instituição do banco não trata de matéria reservada à Administração Pública, limitando-se a concretizar valores sociais e interesses locais relevantes:

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal nº 14.227/2018, que "institui o banco de ração e o banco de acessórios para animais e dá outras providências". Iniciativa parlamentar. Concretude do artigo 9º. Dispositivo que confere autorização para a realização de parcerias com entidades públicas e privadas. Inadmissibilidade. Chefe do Executivo não precisa de autorização do Legislativo para o exercício de atos de sua exclusiva competência. Ingerência na esfera privativa do Prefeito. Violação aos princípios da separação dos poderes e da reserva de administração. Ofensa aos artigos 5º e 47, XIV, da Constituição Bandeirante. Restante da norma que não padece do mesmo vício. Não ocorrência de vício formal de inconstitucionalidade, por desvio do Poder Legislativo. Inexiste ofensa ao princípio da separação de poderes, eis que em consonância com o Tema de Repercussão Geral nº 917. Não houve alteração da estrutura ou atribuição dos órgãos da Administração Pública, bem como sobre o regime jurídico de servidores. Competência da Câmara para dispor sobre bem-estar animal. Interesse local. Ausência de previsão de dotação orçamentária que não implica a existência de vício de inconstitucionalidade, mas apenas eventual inexequibilidade da lei no exercício orçamentário em que aprovada. Ação parcialmente procedente. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2216269-72.2018.8.26.0000; Relator: Péricles Piza; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 10/04/2019; Data de Registro: 11/04/2019)

Posteriormente, em duas ocasiões, este mesmo Colegiado declarou a inconstitucionalidade de leis municipais análogas que também instituíam bancos de ração e de utensílios.

Nesse sentido: Direta de Inconstitucionalidade 2186138-75.2022.8.26.0000, Relator: Evaristo dos Santos, Data do Julgamento: 15/02/2023; e Direta de Inconstitucionalidade 2002620-48.2023.8.26.0000, Relator: Damião Cogan, Data do Julgamento: 24/05/2023.

Apesar disso, não parece haver contradição na jurisprudência, eis que as duas leis declaradas inconstitucionais eram expressivamente mais extensas e detalhadas, impondo obrigações acessórias ao Poder Executivo que foram analisadas caso a caso, em atenção aos princípios da separação de Poderes e da reserva da Administração.

Em relação à separação de Poderes e à reserva da Administração, veja-se o teor das normas-parâmetro, extraídas Constituição do Estado de São Paulo – CE e aplicáveis aos municípios por força do art. 144 do mesmo diploma normativo:

Artigo 47 – *Compete privativamente ao Governador, além de outras atri-*

Acesso ao Sumário

buições previstas nesta Constituição:

***II –** exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;*

***XIV –** praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo;*

Conforme já decidiu o E. Supremo Tribunal Federal, *"Não há dúvida de que interessa sempre ao Poder Executivo a iniciativa de Lei que diga respeito a sua própria organização, como ocorre, também, por exemplo, com o Poder Judiciário"* (ADI nº 2.372, Rel. Min. Sydnei Sanches, j. 21.08.2002).

Quanto ao tema, também é relevante mencionar o disposto na doutrina de Ives Gandra Martins que, ao se referir aos atos típicos de administração, leciona:

(...) sobre tais matérias tem o Poder Executivo melhor visão do que o Legislativo, por as estar gerindo. A administração da coisa pública, não poucas vezes, exige conhecimento que o Legislativo não tem, e outorgar a este Poder o direito de apresentar os projetos que desejasse seria oferecer-lhe o poder de ter iniciativa sobre assuntos que refogem a sua maior especialidade. (Comentários à Constituição do Brasil, 4º vol. Tomo I, 3ª ed, atualizada, São Paulo, Saraiva, 2002)

Ocorre que, no caso concreto, a lei municipal de iniciativa parlamentar, embora tenha instituído banco de ração e de utensílios, não impôs obrigações acessórias extensas e detalhadas ao Poder Executivo.

Assim, a presente lei se distingue significativamente daquelas declaradas inconstitucionais por este C. Órgão Especial, aproximando-se daquela reconhecida constitucional, que também se limitava a instituir o banco e delinear superficialmente o seu funcionamento.

Nesse contexto, não há de se falar em ofensa aos princípios da separação de Poderes ou da reserva da Administração.

Aplica-se ao caso concreto a tese sedimentada pelo E. Supremo Tribunal Federal no Tema 917 da repercussão geral, com o seguinte teor: *"Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, "a", "c" e "e", da Constituição Federal)"*.

Acesso ao Sumário

Essa foi, inclusive, a compreensão unânime deste Colegiado no julgamento anterior do caso análogo:

Da leitura dos dispositivos supra – à exceção do artigo 9º –, verifica-se que a norma impugnada não abrange atos de gestão administrativa, ao contrário, limita-se a coletar e distribuir produtos e gêneros alimentícios, bem como acessórios para animais, visando à proteção da saúde e do bem-estar animal.

Portanto, nesse ponto, a lei não se encontra eivada de vício formal de inconstitucionalidade, por eventual desvio do Poder Legislativo, eis que não houve usurpação de matéria atinente ao Poder Executivo.

Com efeito, no Leading Case ARE 878911 (Relator Min. Gilmar Mendes),

a Suprema Corte, ao dispor sobre uma interpretação restritiva ao artigo 61, parágrafo 1º, da Constituição Federal (na Constituição Estadual: artigo 24, parágrafo 2º), fixou o entendimento de inexistência de inconstitucionalidade sobre toda e qualquer norma de iniciativa parlamentar dotada de conteúdo relativo, ainda que genericamente, a organização administrativa. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2216269-72.2018.8.26.0000; Relator: Péricles Piza; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 10/04/2019; Data de Registro: 11/04/2019)

Ante o exposto, pelo meu voto, julgo improcedente a presente ação, revogando-se a tutela de urgência anteriormente concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0121488-39.2011.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor SINDICATO DA INDÚSTRIA DE MATERIAL PLÁSTICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE AMERICANA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE AMERICANA.

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.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 56247)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), PAULO ALCIDES, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS e RENATO RANGEL DESINANO.

São Paulo, 20 de março de 2024.

MELO BUENO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Município de Americana – Lei nº 5.026/2010, que dispõe sobre a proibição do uso de sacolas plásticas à base de polietileno ou de derivados de petróleo, e dá outras providências – Ação julgada procedente, por maioria de votos, pelo c. Órgão Especial – Recurso Extraordinário – Repercussão ge-

Acesso ao Sumário

ral em RE nº 732.686 (Tema 970) – Devolução dos autos para reexame, nos termos do art. 1.040, II, do CPC – Adequação necessária – Juízo de retratação – Ação julgada improcedente, com modulação.

VOTO

Trata-se de ação proposta pelo Sindicato da Indústria de Material Plástico do Estado de São Paulo, visando à declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 5.026/2010, do Município de Americana, que **"Dispõe sobre a proibição do uso de sacolas plásticas à base de polietileno ou de derivados de petróleo, e dá outras providências"**. O autor sustenta, em síntese, que a lei padece de vício formal, por afronta ao disposto nos artigos 5º, 47, incisos II e XI, 152 e 193, incisos XX e XXI, todos da Carta Estadual. Alega vício material, por não se ajustar aos termos dos artigos 25, **"caput"**, 111 e 144, todos da Constituição Estadual (fls. 1/30).

Apreciada e decidida a presente ação pelo C. Órgão Especial, nos termos do v. acórdão de fls. 455/471, de relatoria do i. Des. Guilherme Strenger que, por maioria de votos, julgou procedente a ação, a fim de declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 5.026/2010 do Município de Americana, com efeitos **"erga omnes"** e eficácia **"ex tunc"**, acrescida de embargos de declaração (fls. 473/6), rejeitados as fls. 514/8.

A Câmara Municipal de Americana, o Procurador Geral de Justiça e o Município de Americana manejaram recurso extraordinário (fls. 485/505; fls. 539/555; fls. 558/564), sendo proferida r. decisão de relatoria do i. Min. Dias Toffoli que, nos termos do artigo 557, **"caput"**, do CPC, negou provimento aos recursos do Município de Americana e do Procurador Geral de Justiça, e com fundamento no artigo 557, § 1º-A, do CPC, deu provimento ao recurso extraordinário do Presidente da Câmara Municipal para, reformando o acórdão recorrido, julgar improcedente a ação direta de inconstitucionalidade (RE nº 729.731 – fls. 659/666), sucedida de embargos de declaração rejeitados (fls. 813/823), e da interposição de agravo regimental (fls. 828/852 e vº) que foi desprovido (fls. 913/932). Noticiada oposição de embargos de divergência, em razão do reconhecimento de repercussão geral da matéria no RE nº 732.686 (Tema 970), o C. Superior Tribunal Federal devolveu os autos a este Tribunal de origem (fls. 934/6), tendo a E. Presidência determinado o sobrestamento (fls. 938/9).

Diante do julgamento do caso paradigma, RE nº 732.686, pelo C. Supremo Tribunal Federal, considerando o decidido em recurso de repercussão geral (artigo 1.040, II, do CPC), a E. Presidência determinou o retorno dos presentes autos, a fim de se possibilitar o juízo de retratação (fls. 951/2).

Às fls. 954 e fls. 956, informação de que o sucessor do Relator Sorteado na respectiva cadeira seria o i. Des. Beretta da Silveira, que ocupa a Vice-

Acesso ao Sumário

Presidência desta c. Corte, motivo pelo qual se determinou a livre redistribuição dos autos.

É o relatório.

Com efeito, a matéria em debate, relacionada à inconstitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre o meio ambiente, foi submetida ao regime de repercussão geral (Tema 970) pelo E. Supremo Tribunal Federal, tendo o julgamento do RE nº 732.686, fixado a tese de que **"É constitucional – formal e materialmente – lei municipal que obriga à substituição de sacos e sacolas plásticas por sacos e sacolas biodegradáveis."**. Confira-se, a seguir, a transcrição da 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**

Acesso ao Sumário

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."[1]

Deste modo, em razão de o tema comum ter sido apreciado pelo E. Supremo Tribunal Federal, consolidado no RE nº 732.686, com repercussão geral, transitado em julgado, e tendo este c. Órgão Especial proferido decisão anterior em sentido contrário à tese firmada, necessária a adequação, em juízo de retratação, para julgar improcedente a ação, reconhecendo a inexistência de inconstitucionalidade da Lei nº 5.026/2010 do Município de Americana, sob entendimento de que assiste ao Município competência constitucional para legislar sobre proteção e defesa do meio ambiente, no limite de seu interesse local sobre a gestão de sacolas plásticas. Impondo-se, portanto, a rejeição do pedido inicial.

Por fim, consoante entendimento da douta maioria deste c. Órgão Especial[2], visando preservar à segurança jurídica e observado o princípio da simetria, uma vez que o recurso repetitivo previu a necessidade de modulação temporal dos efeitos, admite-se a fixação do prazo de 12 (doze) meses, a contar da data deste julgamento, para que o Município providencie medidas cabíveis de adaptação.

Ante o exposto, **em juízo de retratação, julga-se improcedente a ação, com modulação.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2287771-95.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SOROCABA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. CAMPOS MELLO. VENCIDOS OS EXMOS. SRS. DES. RICARDO DIP (COM DECLARAÇÃO), BERETTA DA SILVEIRA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, FIGUEIREDO GONÇALVES, COSTABILE E SOLIMENE E LUCIANA BRESCIANI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 83251)**

Acesso ao Sumário

1 RE nº 732.686/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 20/04/2023

2 ADI 0230258-97.2009.8.26.0000, Rel. Des. COSTABILE E SOLIMENE, j. em 21/02/2024.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMPOS MELLO, vencedor, RICARDO DIP, vencido, FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), FIGUEIREDO GONÇALVES, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, RENATO RANGEL DESINANO, MELO BUENO, PAULO ALCIDES, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, VIANNA COTRIM e MATHEUS FONTES.

São Paulo, 20 de março de 2024.

CAMPOS MELLO, Relator Designado

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PELO PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO EM FACE DA LEI MUNICIPAL 7205/2004, DO MUNICÍPIO DE SOROCABA. NORMA QUE DETERMINA A COLOCAÇÃO DE EXEMPLARES DA BÍBLIA SAGRADA EM SUAS VERSÕES CATÓLICA E EVANGÉLICA NAS BIBLIOTECAS PÚBLICAS DO MUNICÍPIO. VIOLAÇÃO À LAICIDADE DO ESTADO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE.

VOTO

Tratam os autos de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, visando a que se declare a invalidade da Lei municipal de Sorocaba 7.205/2004 (de 10-8), que *"torna obrigatória a colocação de exemplares da Bíblia Sagrada nas bibliotecas pertencentes ao município de Sorocaba e dá outras providências"*.

O pleito ampara-se em apontada violação da norma do art. 111 da Constituição estadual de São Paulo, aplicável aos municípios paulistas por força de seu art. 144.

Sustenta o autor, em resumo, que o referido diploma legal viola (i) a laicidade do Estado, pois este não pode associar-se a determinada religião, em respeito aos que compartilham de outra fé ou não são adeptos de fé alguma, e (ii) o princípio constitucional da isonomia, na medida em que prestigia, sem fundamento legítimo, determinadas pessoas em detrimento de outras, num ambiente em que a religião ou o credo não pode receber especial consideração.

A Procuradoria Geral do Estado de Paulo deixou transcorrer in albis o prazo para manifestação.

Acesso ao Sumário

O Presidente da Câmara Municipal de Sorocaba e o Prefeito do Município de Sorocaba prestaram informações (cf. fls. 85/88 e 117/128).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, reiterando suas alegações inaugurais, pediu a procedência da ação.

É o relatório.

A presente ação deve ser julgada procedente, pelas razões a seguir expostas.

A Lei Municipal 7205/2004 torna **obrigatória** a colocação de Bíblias Sagradas, nas versões católica e evangélica nas bibliotecas pertencentes ao Município de Sorocaba, as quais deverão estar em local de fácil acesso.

É certo que a Bíblia é um livro e, assim, nada impede que esteja em uma biblioteca municipal. Mas também é certo que a Bíblia constitui, em rigor, a expressão das religiões cristãs. É considerada sagrada para os respectivos adeptos.

Então, a imposição da obrigatoriedade implica violação à laicidade do Estado. Não há notícia de que outros textos religiosos devam fazer parte obrigatória das bibliotecas municipais. Nem o Alcorão, nem o Talmude ou a Torá terão sido objeto dessa obrigatoriedade. Ao contrário, o art. 19 da Lei Maior veda que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estabeleçam cultos religiosos, embaracem os respectivos funcionamentos ou com eles mantenham relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público. No caso em tela, porém, a nítida opção do legislador municipal pela difusão apenas das religiões cristãs implica relação de aliança vedada pela Carta Magna.

A obrigatoriedade macula a lei em questão do vício de inconstitucionalidade.

Isso já foi proclamado no Supremo Tribunal Federal em mais de uma oportunidade. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5258/AM o Plenário Virtual do Pretório Excelso declarou tal inconstitucionalidade em Acórdão que tem a seguinte ementa:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. LEI "PROMULGADA" N. 74/2010 DO AMAZONAS. OBRIGATORIEDADE DE MANUTENÇÃO DE EXEMPLAR DA BÍBLIA EM ESCOLAS E BIBLIOTECAS PÚBLICAS ESTADUAIS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, LIBERDADE RELIGIOSA E LAICIDADE ESTATAL. CAPUT DO ART. 5º E INC. I DO ART. 19 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE.
>
> É inconstitucional, por ofensa aos princípios da isonomia, da liberdade religiosa e da laicidade do Estado, norma que obrigue a manutenção de exemplar de determinado livro de cunho religioso em

Acesso ao Sumário

unidades escolares e bibliotecas públicas estaduais. Precedentes.

Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar inconstitucionais os arts. 1º, 2º e 4º da Lei "Promulgada n. 74/2010 do Amazonas.

A votação foi unânime e a demanda foi relatada pela Ministra Cármem Lúcia, j. em 13/04/2021. Tal decisão menciona precedente daquela Corte (Ag. em Rec. Ext. 1.014.615/RJ), relatado pelo eminente Ministro Celso de Mello, que igualmente reputou inconstitucional norma que obrigava a manutenção de exemplares da bíblia sagrada em bibliotecas do Estado (DJe 21.3.2017). Posteriormente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.248 ajuizada contra a Lei Estadual 5.998/2011/RJ foi julgada extinta sem apreciação de mérito por ter ocorrido anteriormente o trânsito em julgado do Ag. em Rec. Ext. 1.014.615/RJ (Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 8.3.2018).

Convém aqui ainda transcrever o parecer da Procuradoria Geral da República na demanda trazida à colação, verbis:

"Não se afirma que seja ilícito a escolas públicas a aquisição da Bíblia, do Corão, da Torá, dos épicos Maabárata e Ramáiana, do Bagavadguitá, e da Codificação Espírita de Allan Kardec, dos Vedas ou de outros livros sagrados, pois todos são objetos culturais, além de obras de culto. Tê-los ao dispor dos alunos e usuários de suas bibliotecas é plenamente compatível com o acesso a obras relevantes que bibliotecas não especializadas devem promover. Inconstitucionalidade há, todavia, na imposição apenas um desses livros tidos como sagrados, por parte da administração pública, com evidente privilégio a determinada manifestação religiosa".

Aliás, este Órgão Especial julgou inconstitucionais pelo mesmo fundamento normas municipais que determinam que a Bíblia Sagrada fique sobre a Mesa de Câmara Municipal (Adin 2294254, j. 6/03/2024, Rel. Des. Marcia Dalla Déa Barone, v.u., Adin 2013406, j. 1/11/2023, Rel. Des. Luis Fernando Nishi, v.u., Adin 2294132, j. 17/05/2023 Rel. Des. Jarbas Gomes, v.u.).

São esses os motivos pelos quais julgo a presente demanda procedente.

Pelo exposto, julgo procedente a presente ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal 7205/2004 de Sorocaba.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 61.834)

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL DE SOROCABA 7.205/2004 (DE 10-8), QUE DETERMINA A COLOCAÇÃO DE EXEMPLARES DA BÍBLIA SAGRADA

Acesso ao Sumário

– EM SUAS VERSÕES CATÓLICA E EVANGÉLICA, NA LINGUAGEM BRAILE. INCLUSIVE – NAS BIBLIOTECAS PÚBLICAS DO MUNICÍPIO.
– O conceito de estado laico – assim o adotado no Brasil – relaciona-se, fundamentalmente, com a ideia de neutralidade (ou indiferença) religiosa estatal, e não com a de ateísmo ou de antiteísmo, de sorte que é admissível segundo nossa ordem constitucional, o convívio com símbolos religiosos, até porque eles, frequentemente, dizem respeito à história e à cultura de nosso povo.
– Neste sentido, relevante precedente deste Órgão Especial do TJSP (ADI 2100122-55.2021, rel. Des. DAMIÃO COGAN): *"(…) Art. 2º, § 11, da Resolução nº 10, de 20 de dezembro de 2016, do Município de Porto Ferreira. Determinação de manutenção no Plenário da Câmara Municipal de um exemplar da Bíblia Sagrada. Não ofensa ao princípio da laicidade estatal e da liberdade de crença. Precedentes deste C. Órgão Especial e do C. Supremo Tribunal Federal. Ação improcedente"* (j. 6-7-2022), com invocação de julgado do eg. CNJ e de doutrina cônsona do Min. GILMAR MENDES.
– Decidiu-se recentemente neste Órgão Especial: *"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"* (ADI 2219071-67.2023, Rel. Des. SILVIA ROCHA, j. 7-2-2024).
– Por seus fins, pode a Bíblia distinguir-se (*i*) enquanto se tenha por fonte da Revelação – caso 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 lei *sub examine* que a Bíblia seja colocada nas bibliotecas do município, permite- se o acesso a uma expressão cultural, ainda que tenha também cunho religioso.
– Declaração de improcedência da demanda de invalidade da Lei sorocabana 7.205, de 2004.

VOTO DE VENCIDO.
Relatório:

Acesso ao Sumário

Tratam os autos de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, visando a que se declare a invalidade da Lei municipal de Sorocaba 7.205/2004 (de 10-8), que *"torna obrigatória a colocação de exemplares da Bíblia Sagrada nas bibliotecas pertencentes ao município de Sorocaba e dá outras providências."*

O pleito ampara-se em apontada violação da norma do art. 111 da Constituição estadual de São Paulo, aplicável aos municípios paulistas por força de seu art. 144.

Sustenta o autor, em resumo, que o referido diploma legal viola (*i*) a laicidade do Estado, pois este não pode associar-se a determinada religião, em respeito aos que compartilham de outra fé ou não são adeptos de fé alguma, e (*ii*) o princípio constitucional da isonomia, na medida em que prestigia, sem fundamento legítimo, determinadas pessoas em detrimento de outras, num ambiente em que a religião ou o credo não pode receber especial consideração.

A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo deixou transcorrer *in albis* o prazo para manifestação (*e*-pág. 83).

O Presidente da Câmara Municipal de Sorocaba e o Prefeito do Município de Sorocaba prestaram informações (*e*-págs. 85-8 e 117-28).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, reiterando suas alegações inaugurais, pediu a procedência da ação (*e*-págs. 134-41).

É o relatório do necessário.

VOTO:

1. É este o enunciado da Lei sorocabana 7.205/2004:

"Art. 1º – Fica obrigatória a colocação de Bíblias Sagradas, nas versões católica e evangélica, nas bibliotecas pertencentes ao Município de Sorocaba.

§ 1º – Fica determinada a presença de, no mínimo, um exemplar da Bíblia Sagrada editada em linguagem braile.

§ 2º – As Bíblias Sagradas referidas no 'caput' deverão estar em local de fácil acesso para a boa visualização do munícipe.

Art. 2º – Esta Lei será regulamentada pelo Executivo.

Art. 3º – As despesas com a execução da presente Lei correrão por conta de verba orçamentária própria.

Art. 4º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação."

2. A Constituição brasileira de 1988, sem embargo de **não instituir um estado ateu** (assim se verifica com sua impetração preambular da "**proteção de Deus**"), inclinou-se à posição ideológica da **neutralidade religiosa** (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"*).

Acesso ao Sumário

Assim, o estado brasileiro, na concepção do Código político de 1988, é um **estado não religioso** (ou, na linguagem reformista: um **estado não confessional**), que, além de reconhecer a existência de Deus, cuja proteção a Constituição impetrou expressamente, garante a liberdade de consciência e de crença (art. 5º: *"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias"*).

Neste sentido, invoca-se recente julgado deste Órgão Especial do Tribunal de Justiça: *"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"* (ADI 2219071-67 .2023, Rel. Des. SILVIA ROCHA, j. 7-2-2024).

3. Na espécie, a lei impugnada não vulnera as liberdades que a Constituição federal alçou ao patamar de invioláveis (*v.g.* além das já citadas liberdades de consciência e de crença, as de culto e de organização religiosa).

O conceito de estado laico – assim o adotado no Brasil – relaciona-se, fundamentalmente, com a ideia de neutralidade (ou indiferença) religiosa estatal, e não com a de ateísmo ou de antiteísmo, de sorte que é admissível segundo nossa ordem constitucional, o convívio com símbolos religiosos, até porque eles, frequentemente, dizem respeito à história e à cultura de nosso povo.

4. Averbe-se, ainda, que a Bíblia não é um documento voltado exclusivamente aos seguidores dos princípios cristãos, pois, na parte vétero-testamentária, é tida por livro sagrado também pelos que professam o credo hebraico.

Distingam-se, pelos seus fins, a **Bíblia**, (*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 a mesma **Bíblia**, (*ii*) enquanto expressão da cultura.

Acesso ao Sumário

Quando se afirma, por exemplo, a legitimidade de atos normativos que disponham sobre a aquisição da Bíblia para o acervo de bibliotecas públicas, tem-se em conta exatamente o valor irrecusável desse documento no plano cultural. DIETRICH SCHWANITZ alista a Bíblia, ao lado da *Odisseia* e da *Ilíada*, por obras que estão à raiz da civilização europeia (*Cultura geral*, ed. Martins Fontes, São Paulo, 2007, p. 13 *et sqq.*); vários autores historiam-lhe a leitura ao largo dos tempos (*Historia de la lectura en el mundo occidental*, sob a direção de GUGLIELMO CAVALLO e ROGER CHARTIER, ed. Taurus, Madri, 2001, *passim*); ERNST CURTIUS nela também assinala a poesia: *"Moisés, Jó, Davi e Salomão foram poetas. Cristo pregou em parábolas, portanto numa forma poética"* (*Literatura europeia e idade média latina*, Edusp, 3.ed., São Paulo,

2013, p. 275).

Quem entenderia molestar a neutralidade estatal um preceito que ditasse houvesse a *Odisseia* e a *Ilíada* em bibliotecas públicas, com o argumento de que essas obras propalam os deuses do paganismo? Como admitir que se daria ofensa dessa neutralidade com a exigência de as bibliotecas públicas terem em seus acervos o Talmud, o Corão e os Vedas, p.ex.?

Salienta-se, ainda, que consta do texto bíblico uma série relevante de conceitos, juízos e episódios de interesse jurídico (cf., a título ilustrativo, Víctor RUIZ HUERTA, *Instituciones de derecho civil relacionadas con la Biblia*, ed. Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, 2005, *passim*; HAIM COHN, *Los derechos humanos en la Biblia y el Talmud*, ed. Riopedras, Barcelona, 1996, *passim*; ÁTILA GONZÁLEZ e EROMAR OCTAVIANO, *Citações jurídicas na Bíblia*, EUD, 4. ed., São Paulo, 1996, *passim*), de modo que sua presença nas bibliotecas municipais possui uma finalidade mais cultural do que religiosa.

5. A legislação que determina a colocação de exemplares da Bíblia, em suas versões católica e evangélica, nas dependências das bibliotecas públicas do Município de Sorocaba não tem o condão, *per se*, de externar preferência religiosa por parte do ente estatal (não custa dizer que, incluindo o texto do Antigo Testamento, a Bíblia não deixa de hospedar o livro sagrado dos judeus). Trata-se, apenas, de manutenção – em local adequado para esse fim –, de um livro que, indubitavelmente, partícipe do patrimônio da cultura universal, também faz parte das origens e da formação da cultura e tradição brasileiras (por todos, GLADSTONE CHAVES DE MELO, *Origem, formação e aspectos da cultura brasileira*, ed. Padrão, Rio de Janeiro, 1974, *maxime* p. 81 *et sqq*. e p. 211 *et sqq*.).

Não parece demasiado acrescentar o valor da Bíblia, p.ex., para o conhecimento da história das instituições israelitas – civis, da administração pública, da economia, do direito, da organização militar, além das religiosas. Ou ainda para conhecer a geografia da Palestina, incluído segmento da geografia político histórica (época dos cananeus, das 12 tribos de Israel, da monarquia, dos persas, a época helenística e romana). Isso não diz respeito à religião hebraica, nem às religiões pagãs, sequer ao cristianismo. Trata-se somente de um livro que se aprecia, por essa perspectiva, como expressão da cultura. Pode dar amparo a credos, é verdade, mas pode negar-se que a religião – *ex toto genere suo* – seja um fator da cultura?

6. Este Órgão Especial, em voto muito fundamentado – e com apoio, além de na doutrina de GILMAR MENDES FERREIRA, também em julgados do STF (ARE 1099099, Rel. Min. EDSON FACHIN, j. 26.11.2020) e do CNJ (a que adiante se referirá) – já decidiu em caso símile ao destes autos:

"(…) *Art. 2º, § 11, da Resolução nº 10, de 20 de dezembro de 2016, do Município de Porto Ferreira. Determinação de manutenção no Plenário*

Acesso ao Sumário

da Câmara Municipal de um exemplar da Bíblia Sagrada. Não ofensa ao princípio da laicidade estatal e da liberdade de crença. Precedentes deste C. Órgão Especial e do C. Supremo Tribunal Federal. Ação improcedente" (ADI 2100122-55.2021, Rel. Des. DAMIÃO COGAN, j. 6-7-2022).

Do quanto citado nesse acórdão, reproduz-se trecho do magistério do Min. GILMAR MENDES:

"O Conselho Nacional de Justiça, no PP 1.345, publicado em 25-6-2007, não viu impropriedade na ostentação de crucifixo em sala de sessão de Tribunal de Justiça, lembrando ser esta uma tradição brasileira. O relator, Conselheiro Oscar Argollo, observou que 'não podemos ignorar a manifestação cultural da religião nas tradições brasileiras, que hoje não representa qualquer submissão ao Poder clerical'. Ressaltou que 'o crucifixo é um símbolo que homenageia princípios éticos e representa, especialmente, a paz'. Apontou que as disposições do art. 19, I, da Constituição não implicam 'vedação para a exposição de símbolo religioso em ambiente de órgão público, ou que a exposição faz o Estado se tornar clerical'. Concluiu, seguido pela maioria do CNJ, que 'a presença de um símbolo religioso, in casu *o crucifixo, numa dependência de qualquer órgão do Poder Judiciário, não viola, agride, discrimina ou, sequer, 'perturba ou tolhe os direitos e acção de outrem ou dos outros'"* (MENDES, GILMAR FERREIRA. *Curso de Direito Constitucional* – Série IDP – 15ª Ed. 2020 (p. 436-441, 2521). Editora Saraiva. Edição do Kindle)."

7. Em resumo, a só presença da Bíblia em locais públicos – em bibliotecas, inclusive e sobretudo – não tem, por si só, um sentido proselitista, mas, isto sim, é uma expressão cultural, ainda que abrigue, por evidente, um elemento de cultura religiosa.

8. Acrescento (*post disceptationem*): a douta Maioria entendeu que o motivo da invalidade da lei objeto está em seu **comando preceptivo**. Ou seja, por ser norma impositiva, de ação obrigatória.

Mas seria de admitir, na espécie, **norma permissiva**? Com isso desapareceria o vício que se entendeu achar na lei?

POSTO ISSO, pelo meu voto, sugeria julgar-se improcedente esta ação direta de inconstitucionalidade da Lei sorocabana 7.205, de 10 de agosto de 2004.

É como voto.

RICARDO DIP, Desembargador, Relator sorteado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucio-

nalidade nº 2172228-15.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. RICARDO DIP. SUSTENTOU ORALMENTE A ADV. DRA. ANDREA RASCOVSKI ICKOWICZ.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.883)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), FRANCISCO LOUREIRO, 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, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, MELO BUENO, GOMES VARJÃO e PAULO ALCIDES.

São Paulo, 3 de abril de 2024.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MAPA 1 DA LEI Nº 16.402, DE 22 DE MARÇO DE 2016, DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – ALTERAÇÃO DO ZONEAMENTO DAS QUADRAS FISCAIS DE Nº 301.023, 301.024 E 301.025, QUE DE ZONA RESIDENCIAL PASSARAM A SER CLASSFICADAS COMO ZONA MISTA (ZM) – ALTERAÇÃO QUE OBSERVOU O PLANEJAMENTO URBANO – GARANTIA DA PARTICIPAÇÃO POPULAR – LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA QUE PREVALECE SOBRE RESTRIÇÕES CONVENCIONAIS PRÉVIAS – AUSÊNCIA DE OFENSA AOS ART. 144, 180, I, II E V, 181, § 1º, E 191 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.

1. No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão a participação das respectivas entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, plano, programas e projetos que lhes sejam concernentes (art. 180, II, CE).

Acesso ao Sumário

2. Entendimento pacificado do E. Órgão Especial no sentido de que as leis que versam sobre uso e parcelamento do solo urbano devem ser precedidas de estudos técnicos e audiências públicas, garantida a participação da população e de entidades comunitárias.
3. Alteração no zoneamento condizente com projetos e estratégicas de política urbanística para a região. Projeto de lei apresentado, votado e aprovado após consulta efetiva à população, mediante dezenas de audiências púbicas e outras formas de participação popular. Ausente a alegada violação aos artigos 180, I, II e V, 181, § 1º, e 191 da Constituição Estadual.
4. Alteração de zoneamento levada a efeito conflitante com restrições pendentes sobre os imóveis existentes na área. Legislação municipal que prevalece sobre as restrições convencionais, em decorrência da competência dos Municípios para ordenação do território urbano. Ação direta improcedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face do Mapa 1 da Lei nº 16.402, de 22 de março de 2016, do Município de São Paulo, na parte alterou a classificação das Quadras Fiscais de nº 301.023, 301.024 e 301.025 para zona mista (ZM).

Sustenta o autor que a inovação foi desacompanhada de estudos técnicos, participação de conselhos, grupos, entidades ou associações representativas com interesse no planejamento municipal, e de audiências públicas suficientes para efetiva participação popular, o que viola os artigos 180 ("No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão"), I ("o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes"), II ("no estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão ... a participação das respectivas entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, plano, programas e projetos que lhes sejam concernentes"), e V ("a observância das normas urbanísticas, de segurança, higiene e qualidade de vida"), 181 ("Lei municipal estabelecerá em conformidade com as diretrizes do plano diretor, normas sobre zoneamento, loteamento, parcelamento, uso e ocupação do solo, índices urbanísticos, proteção ambiental e demais limitações administrativas pertinentes"), § 1º ("Os planos diretores, obrigatórios a todos os Municípios, deverão considerar a totalidade de seu território municipal"), e 191 ("O Estado e os Municípios

Acesso ao Sumário

providenciarão, com a participação da coletividade, a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial e do trabalho, atendidas as peculiaridades regionais e locais e em harmonia com o desenvolvimento social e econômico") da Constituição Estadual. Aduz ainda que há ofensa ao princípio da segurança jurídica, dada a existência de restrições urbanísticas convencionais referentes ao uso dos imóveis averbadas às respectivas matrículas, o que traduz ato jurídico perfeito.

Indeferido o pedido de liminar, sobrevieram informações (fls. 5.719/5.751 e 8.123/2.133). A Procuradoria Geral do Estado quedou-se inerte, apesar de regularmente citada (fls. 5.717), e a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela procedência da ação (fls. 8.771/8.795).

É o relatório.

Volta-se o autor contra o Mapa 1 da Lei nº 16.402, de 22 de março de 2016, do Município de São Paulo, na parte que alterou a classificação urbana das Quadras Fiscais de nº 301.023, 301.024 e 301.025.

A validade da norma impugnada, que alterou o zoneamento urbano, depende da observância das diretrizes do planejamento urbano, da participação popular e do respeito à segurança jurídica.

No ponto em que alterou o Plano Diretor do Município de São Paulo (Lei nº 16.050/2014), modificando o zoneamento das três quadras mencionadas, localizadas no Jardim Morumbi, de zona estritamente residencial (ZER) para zona mista (ZM), a Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo (LPUSOS, Lei Municipal nº 16.402/16) causou impactos consideráveis sobre a função social da cidade e sobre o bem-estar dos moradores e dos usuários daquela área.

Como ensina HELY LOPES MEIRELLES, as imposições urbanísticas da legislação "devem prover sobre o zoneamento urbano e a ocupação correspondente, bem como sobre o parcelamento das glebas urbanas e urbanizáveis, com especial destaque para os loteamentos, que constituem a forma normal de expansão da cidade. Outro aspecto da legislação edilícia é o da renovação urbana, para atualizar as cidades envelhecidas, com a retificação de seu traçado, a ampliação de seu sistema viário, a modernização de seus equipamentos – enfim, a adequação de suas partes obsoletas às novas funções que o progresso e a civilização exigem dos antigos centros urbanos" (Direito Municipal Brasileiro, Malheiros, 16ª edição, 2008, pág. 563).

"A competência dos Municípios em assuntos de Urbanismo", prossegue o saudoso publicista, "é ampla e decorre do preceito constitucional que lhes assegura autonomia para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I), promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII), e, ainda, executar a política de desenvolvimento urbano, de acordo com as diretrizes fixadas pela União (art. 182), bem como suplementar a legislação federal e a estadual no âmbito de sua competência (art. 30, II). Visando o Urbanismo, precipuamente, à ordenação espacial e à regulação das atividades

Acesso ao Sumário

humanas que entendem com as quatro funções sociais – habilitação, trabalho, recreação, circulação –, é óbvio que cabe ao Município editar normas de atuação urbanística para seu território, especialmente para a cidade, provendo concretamente todos os assuntos que se relacionem com o uso do solo urbano, as construções, os equipamentos e as atividades que nele se realizam, e dos quais dependem a vida e o bem-estar da comunidade local".

Para garantia da gestão democrática da cidade, observa o citado mestre, "a Lei 10.257, de 2001 (Estatuto da Cidade), prevê a utilização dos seguintes instrumentos: órgãos colegiados de política urbana nacionais, estaduais e municipais; debates, audiências e consultas públicas; conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal; iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano. Estabelece, ainda, o art. 44 do Estatuto em exame que no âmbito municipal a gestão orçamentária participativa prevista no art. 4º, II, do mesmo diploma legal incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual como condição obrigatória de sua aprovação pela Câmara Municipal" (ob. cit., págs. 545 e 548).

Dada a importância do tema na vida das cidades e dos cidadãos, pacificou-se na jurisprudência deste E. Órgão Especial o entendimento de que leis dessa natureza e dessa envergadura devem atender às diretrizes de planejamento urbano, traçadas no Plano Diretor da cidade, e devem necessariamente ser precedidas de estudos e audiências públicas, garantida a ampla participação direta da população e de entidades comunitárias, em saudável debate democrático com os destinatários dessa legislação e por isso mesmo os maiores interessados na sua aprovação, nos termos do disposto nos artigos 29, XII, e 30, VIII, da Constituição Federal, e artigo 180, II, da Constituição Bandeirante.

Nesse sentido os seguintes precedentes:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 5.122, de 9-1-2016, do Município de Mauá, que fixa prazo de sessenta dias para a emissão de alvará de construção, alvará de conservação e habite-se de obras particulares, sob pena de autorização tácita e emissão de alvará definitivo em trinta dias – Poder de polícia administrativa e desenvolvimento urbano.

1. Violação ao princípio da separação entre os Poderes: vício de iniciativa e reserva da Administração. Inocorrência. Poder de polícia e desenvolvimento urbano. Inaplicabilidade do Tema 917 de Repercussão Geral do STF. Norma não trata de estrutura ou de atribuição de órgão nem de regime jurídico de servidores públicos. Competência legislativa concorrente. Matéria que não está inserida na reserva da Administração.

2. Princípio da causa de pedir aberta. Não vinculação aos fundamentos constantes da petição inicial.

2.1. Parcelamento, uso e ocupação do solo urbano. Inexistência de participação de entidades comunitárias no processo legislativo e de estudos

Acesso ao Sumário

prévios. Incompatibilidade com os arts. 180, II e 191, da CE/89, e arts. 24, I, 29, XII, 30, VIII e 182 da CF/88. Ocorrência.
2.2. Expedição de alvará de construção, de conservação e de habitese. Decurso do prazo estabelecido para a prática de ato administrativo. Silêncio da administração. Aprovação tácita. Lei que, em última análise, dispensa o estudo prévio de impacto ambiental e isenta o proprietário do imóvel de aplicação de multas e embargos em decorrência de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Ofensa ao princípio da razoabilidade e ao direito fundamental à proteção ao meio ambiente. Incompatibilidade com os arts. 225 da CF/88 e 192 e 195 da CE/89. Ocorrência.
3. Ação procedente" (Direta de Inconstitucionalidade nº 2299687-34.2020.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Bueno, j. 28/07/2021).
"ADI. Lei Complementar nº 102, de 1º de abril de 2020, do município de São Roque, que alterou Plano Diretor sem participação popular na sua produção, desvinculada do planejamento urbano integral. Violação ao princípio do planejamento técnico e aos artigos 144, 180, 'caput', I, II e V, e 181, 'caput' e § 1º, da Constituição Estadual. Ação procedente" (Direta de Inconstitucionalidade nº 2282090-52.2020.8.26.0000, Rel. Des. Soares Levada, j. 02/06/2021).
"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Arguição feita pela Procuradoria Geral de Justiça, em face da Lei nº 16.833, de 07 de fevereiro de 2018, do Município de São Paulo, que cria o Parque Municipal do Minhocão e prevê a desativação gradativa do Elevado João Goulart, antigo elevado Costa e Silva. Alegações: invasão de competência do Legislativo no Poder Executivo; vulneração ao princípio da separação dos poderes e interferência indevida na gestão administrativa; criação de Parque Municipal e desativação do elevado, importante via de tráfego, impondo um cronograma ao executivo; determina a apresentação de Projeto de Intervenção Urbana e a criação de um Conselho Gestor; violação aos ao art. 61, § 1º, da CF; art. 5º, 24, § 2º, 2, 47, II, XIV e XIX, 'a', e 144 da CE; vício de iniciativa na organização e funcionamento da Administração Pública e de órgãos do Poder Executivo; invasão de competência privativa do Poder Executivo na criação de parque municipal e apresentação de projeto de intervenção urbana; violação ao princípio do planejamento da adequada política de ocupação e uso do solo; apesar do Plano Diretor do Município prever a desativação do Elevado Costa e Silva e sua demolição ou transformação em parque (parágrafo único, do art. 375 da Lei nº 16.050/2014), a lei não foi precedida de planejamento urbanístico para buscar o crescimento ordenado da cidade; inexistência de estudos ou levantamentos técnicos, indicativos do impacto no trânsito municipal. Preliminar arguida pela Municipalidade de São Paulo, aduzindo impossibilidade jurídica. Insubsistência. Lei impugnada ostenta características de abstração e generalidade. A partir do julgamento da ADI 4.048 no STF, passou a ser admitido o exercício do controle concentrado de constitucionalidade, no ato normativo de efeitos concretos. Preliminar

Acesso ao Sumário

arguida pela Municipalidade de São Paulo de inadequação da via eleita por inexistir ofensa a dispositivos constitucionais. Insubsistência. Mérito. A norma discutida, de iniciativa da Câmara Municipal de São Paulo, projeta gestão administrativa do parque por meio da constituição de um Conselho Gestor a ser formado. Interferência na estrutura e atribuição de órgão público vinculado ao Executivo, incidindo em vício de iniciativa. A criação de um parque municipal em São Paulo impõe, obrigatoriamente, a existência de um Conselho Gestor nos moldes do art. 1º da Lei Municipal nº 15.910/2013. A instituição de um Conselho, por meio de lei de autoria parlamentar, resulta na interferência indevida na estrutura administrativa do Poder Executivo. Interpretação (contrário senso) da tese firmada pelo STF em sede de repercussão geral (Tema 917). Vulneração aos princípios da separação dos Poderes e da reserva da Administração. Ofensa aos artigos art. 5º, 24, § 2º, 2, 47, II, XIV e XIX, 'a', da Constituição Estadual. Direito urbanístico. Necessidade de planejamento prévio. Parágrafo único do art. 375, do Plano Diretor (Lei Municipal nº 16.050/2014) que assim dispõe: lei específica deverá ser elaborada determinando a gradual restrição ao transporte individual motorizado no Elevado Costa e Silva, definindo prazos até sua completa desativação como via de tráfego, sua demolição ou transformação, parcial ou integral, em parque. Relegado o estudo para momento posterior à definição sobre a demolição ou transformação do Elevado em parque. A falta de estudo prévio, impede o exame da conveniência e oportunidade do ato, que demandaria a participação popular baseada em elementos técnicos, a serem apresentados na tramitação do projeto de lei, antes de sua aprovação. O ato normativo desrespeita o planejamento técnico, princípio que deve ser observado na edição de leis relacionadas a modificações de diretrizes urbanísticas. As duas audiências públicas ocorridas no curso do processo legislativo não foram lastreadas em estudos e planos passíveis de embasar a discussão na seara parlamentar. Ressente o processo legislativo de estudos capazes de conferir supedâneo técnico à diretriz urbanística prevista no Plano Diretor. A participação popular, em direito urbanístico, não se resume ao comparecimento e manifestação em audiência pública. Entidades comunitárias devem ter o direito de contribuir no 'estudo, encaminhamento e solução dos problemas, planos programas e projetos que lhe são concernentes'. Violação ao inciso II do art. 180 e art. 181 da Constituição Estadual. A invasão de competência, o vício de iniciativa e a ausência de estudos técnicos prévios, autorizam a declaração de inconstitucionalidade da norma de iniciativa legislativa. Ação procedente" (Direta de Inconstitucionalidade nº 2129887-42.2019.8.26.0000, Rel. Des. James Siano, j. 19/05/2021).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 2.623, DE 5 DE ABRIL "DE 2019, DO MUNICÍPIO DE LOUVEIRA. ALTERAÇÃO DO PLANO DIRETOR (LEI Nº 2.331, DE 13 DE DEZEMBRO DE 2013), DA LEI DE USO, OCUPAÇÃO E PARCELAMENTO DO SOLO (LEI Nº

Acesso ao Sumário

2.332, DE 13 DE DEZEMBRO DE 2013), E DA LEI DE PROTEÇÃO E RECUPERAÇÃO DE MANANCIAIS (LEI Nº 2.456, DE 5 DE AGOSTO DE 2015) DO MUNICÍPIO DE LOUVEIRA. AUSÊNCIA DE PLANEJAMENTO TÉCNICO E DE PARTICIPAÇÃO POPULAR. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 144, 180, I, II E V, 181, CAPUT E § 1º, E 191 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PROCEDÊNCIA.

1. Lei nº 2.623, de 5 de abril de 2019, que promoveu alterações no Plano Diretor (Lei nº 2.331, de 13 de dezembro de 2013), na Lei de Uso, Ocupação e Parcelamento do solo (Lei nº 2.332, de 13 de dezembro de 2013), e na Lei de Proteção e Recuperação de Mananciais (Lei nº 2.456, de 5 de agosto de 2015), do Município de Louveira.

2. Norma urbanística e ambiental que não assegurou a participação comunitária em seu processo legislativo, tampouco foi precedida de planejamento técnico, específico e consistente em sua produção.

3. Inconstitucionalidade por violação aos arts. 180, I, II e V, 181, caput e § 1º, e 191 da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da mesma Carta.

4. Ressalta-se, por fim, que a Lei Complementar nº 2.623 entrou em vigor na data de sua publicação, ou seja, em 5 de abril de 2019, e, considerando a necessidade de se resguardar situações que, por não dependentes exclusivamente de atos da autoridade administrativa competente, possam atingir as consolidadas no patrimônio jurídico de terceiros, munícipes, antes da prolação deste julgamento, a eficácia da declaração, para estes casos, se projeta a contar da prolação deste julgamento, asseguradas, assim, as situações anteriormente consolidadas no patrimônio jurídico de terceiros, e que não sejam dependentes exclusivamente de medidas a serem tomadas pelo poder público competente (modulação igualmente realizada por este Colendo Órgão Especial quando do julgamento da Adin nº 2184298-06.2017.8.26.0000 e dos Embargos de Declaração nº 2184298-06.2017.8.26.0000/50000, ambos da relatoria do eminente Des. JOÃO CARLOS SALETTI). É o que resta modulado.

5. Procedência do pedido" (Direta de Inconstitucionalidade nº 2120876-52.2020.8.26.0000, Rel. Des. Alex Zilenovski, j. 19/05/2021).

"DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Impugnação da Lei nº 7.027, de 21.12.2017, do Município de Bauru, 'que dispõe sobre a transformação de vias públicas em corredores comerciais, de serviços e comercial e de serviços, para alterar a tabela do art. 3º e acrescentar novos corredores comerciais e de serviços e dá outras providências' (verbis). Restrições urbanísticas de cunho convencional. Patente interesse comunitário, preservado por textos constitucionais. Processo legislativo. Violação. Imperiosa transparência em todas as fases da tramitação. Violação do art. 180, I, II e V da Constituição do Estado de São Paulo e dos arts. 1º, 18, 29 e 31 da Constituição Federal, ora incidentes em razão do art. 144, novamente da Constituição do Estado de São Paulo. Direito dos administrados e dever dos poderes públicos. Ofensa ao princípio da ple-

Acesso ao Sumário

na participação popular. Projeto do Poder Executivo enviado à Câmara Municipal para modificar ocupação do solo no perímetro urbano. Prefeitura que afirma participação popular, circunstância, contudo, verificada apenas na fase antecedente ao encaminhamento do projeto à Edilidade. Prefeitura que sustenta a desnecessidade de audiências públicas enquanto o projeto já tramitava na Casa de Leis, por conta de que o mesmo foi aprovado sem alterações, tal como enviado pelo Executivo ao Poder Legislativo. Argumento inconvincente. Prova documental que revela a existência de justificadas resistências de parte de diferentes interessados, questionável a representatividade dos presentes nos encontros antecedentes, tomando em conta a densidade demográfica local. Tema de interesse geral, ausente prova da expressa concordância da ampla maioria dos alcançados pelas alterações urbanísticas propugnadas. Contexto que reforçou a ideia de imprescindibilidade de audiências públicas durante a tramitação do projeto na Câmara Municipal, o que realmente não aconteceu, de acordo com as informações de fl. 507, trazidas pela própria Prefeitura. Câmara Municipal que é o proscênio apropriado para conferência do real interesse geral da comunidade. Normas constitucionais que garantem a participação popular em todas as fases da discussão. Indicadores de que os debates populares antecedentes foram acompanhados por proporção numericamente não relevante da população. Agravo ao princípio da segurança jurídica. O parcelamento do solo das cidades, por meio da instalação de loteamentos, tem razão no preceito da função social da propriedade e remete à imprescindível aprovação antecedente pelo Poder Público municipal, que, dessa forma, também fica vinculado ao quanto deferido. Incidência do 'caput' do art. 5º da Const. Federal, bem como de seu inciso XXIII, concretizados no plano material pelos arts. 3º, 6º, 12, 18, 26, inciso VII, 37 e 38 da lei federal 6.766/79 e 1.277, par. único do Cód. Civil. A expressa aprovação pelo Executivo local, com outorga da respectiva licença, que importa um pré-requisito do parcelamento ordenado do solo. Esse ato administrativo, então, é de ser interpretado como verdadeira estipulação em face de terceiro (sendo loteador e adquirentes diretamente contratantes e terceiro vinculado por adesão, a administração), a obrigar o governo municipal não apenas na supervisão das limitações urbanísticas, como igualmente implica sua condição de garantidor do seu exato cumprimento, somente alteráveis uma vez preenchidos os standards constitucionais. Inobservância, neste caso, dos predicados constitucionais do bem estar geral e das normas de qualidade de vida. A substancial altercação da ocupação do solo não só compromete a comunidade ao redor do perímetro modificado, como também abala a exata dimensão do direito de propriedade de todos os interessados, o que, somado à resistência destes, em relação à lei em comento, mais o questionamento da exata transparência, predicada pela Constituição Estadual, tudo fundamentadamente posto em xeque pelo Ministério Público, obstaram sobremaneira a constitucio-

Acesso ao Sumário

nalidade do texto. Precedentes do colendo Órgão Especial. Ação procedente" (Direta de Inconstitucionalidade nº 2049181-38.2020.8.26.0000, Rel. Des. Costabile e Solimene, j. 24/03/2021).

Observe-se, nesse ponto, que os dispositivos legais constitucionais que regem o Direito Urbanístico, invocados pelo autor da ação, aplicam-se aos Municípios, por força do art. 144 da Constituição Estadual.

Nesses termos, com relação ao planejamento urbano, exigência do art. 182, *caput*, da Constituição Federal, as diretrizes gerais para o desenvolvimento da cidade são traçadas em lei e devem ser executadas pelo Poder Público Municipal. O art. 30 da Carta Magna, por sua vez, prevê dentre as competências dos Municípios a promoção do adequado ordenamento territorial, "mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento, e da ocupação do solo urbano" (inc. VII).

Daí se conclui que o regramento municipal ligado ao ordenamento da cidade, incluídas aí as que alteram o zoneamento, devem ser editadas em conformidade com o Plano Diretor, que materializa a exigência constitucional do planejamento urbano.

Por essa razão, como bem salientou a douta Procuradoria Geral de Justiça, o planejamento urbanístico "não é um simples fenômeno técnico, mas um verdadeiro processo de criação de normas jurídicas, que ocorre em duas fases: uma preparatória, que se manifesta em planos gerais normativos, e outra vinculante, que se realiza mediante planos de atuação concreta, de natureza executiva. [...] Não se admite, nesse quadro, modificações individualizadas, pontuais, casuísticas e dissociadas da estrutura sistêmica da utilização de todo o solo urbano estampadas no Plano Diretor, na Lei de Uso, Ocupação e Parcelamento do Solo etc. Caso contrário, tornaria sem qualquer validade todo o planejamento e estudos realizados pelo Poder Executivo, por ocasião da propositura e aprovação das referidas normas" (fls. 8.775/8.778, grifei).

No caso *sub judice*, os documentos juntados aos autos indicam que a alteração de zoneamento das quadras em análise observa plano de estruturação da região vigente há mais de vinte anos, o que afasta a alegação de se tratar de uma mudança pontual e inesperada.

A lei que aprova a Política de Desenvolvimento Urbano e o Plano Diretor Estratégico no Município de São Paulo (Lei nº 16.050/2014) prevê entre suas diretrizes "distribuição de usos e intensidades de ocupação do solo de forma equilibrada, para evitar ociosidade ou sobrecarga em relação à infraestrutura disponível, aos transportes e ao meio ambiente, e para melhor alocar os investimentos públicos e privados" e "compatibilização da intensificação da ocupação do solo com a ampliação da capacidade de infraestrutura para atender às demandas atuais e futuras" (art. 6º, III e IV).

A Lei Municipal nº 13.260/2001, que "estabelece diretrizes urbanísticas

Acesso ao Sumário

para a área de influência da atual Avenida Água Espraiada, de interligação entre a Avenida Nações Unidas (Marginal do Rio Pinheiros) e a Rodovia dos Imigrantes, cria incentivos por meio de instrumentos de política urbana para sua implantação, institui o Grupo de Gestão, e dá outras providências" e não foi revogada pelo Plano Diretor Estratégico em vigor, inseriu as quadras em análise no perímetro da Operação Urbana Consorciada Águas Espraiadas, mais especificamente no Setor Marginal Pinheiros. Essa operação urbana "compreende um conjunto de intervenções coordenadas pela Prefeitura, através da Empresa Municipal de Urbanização – EMURB, com a participação dos proprietários, moradores, usuários e investidores, visando a melhoria e transformações urbanísticas, sociais e ambientais na área de influência da atual Avenida Água Espraiada." (art. 1º).

Entre os objetivos do aludido plano estão "criar estímulos para a implantação de usos diversificados, com índices e parâmetros urbanísticos compatíveis com as tendências e potencialidades dos lotes inclusos no perímetro da Operação Urbana Consorciada Água Espraiada, visando alcançar as transformações urbanísticas e ambientais desejadas" e "incentivar a mescla de usos para estimular a dinâmica urbana" (art. 4º, III e IV, grifei), o que justifica a edição de lei posterior que implemente a diversificação de usos na área.

E, conforme salienta o coordenador da Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento em parecer, "conforme a definição trazida pelo PDE, a Macroárea de Estruturação Metropolitana tem um papel estratégico na reestruturação urbana no Município por apresentar grande potencial de transformação urbana, que precisa ser planejado e equilibrado. Ainda, no art. 11, esclarece: 'As porções dos territórios que integram a Macroárea de Estruturação Metropolitana passam por processos de mudanças nos padrões de uso e ocupação e conversão econômica, com concentração de oportunidades de trabalho e emprego geradas pela existência de legados industriais herdados do passado, novas atividades produtivas, polos de atividades terciárias, grandes vias estruturais e infraestruturas que fazem parte dos sistemas de transporte coletivo de massa.' Importante ressaltar que o PDE consiste no instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana que orienta o desenvolvimento e o crescimento da cidade por meio do planejamento urbano municipal, de modo que seus objetivos, diretrizes e prioridades devem ser respeitados pela Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo (art. 3º, Lei nº 16.050/2014). Desse modo a manutenção das quadras objeto do presente SEI como ZER seria, s.m.j., incoerente com o planejamento que, ao recepcionar a Lei da OUCAE e delimitar o perímetro da MEM, definiu o potencial de expansão e adensamento da região, passível de receber as intervenções planejadas no âmbito da Operação Urbana Consorciada em questão" (fls. 8.758, grifei).

Não era, portanto, imprevisível a possibilidade de alteração do zoneamento a fim de compatibilizar a ocupação e o uso da área com os planos e estra-

tégias traçadas pelo Município para promover a adequada política urbanística. A lei em análise, portanto, na parte impugnada, observa planos e estratégias traçadas há mais de duas décadas pela Prefeitura Municipal para a área. Inexiste, portanto, violação à exigência constitucional de planejamento.

De outro lado, observa-se da farta documentação juntada aos autos que, ao contrário do alegado na inicial, houve efetiva participação popular durante o processo legislativo.

Como cediço, o processo para edição de legislação sobre o uso e a ocupação do solo urbano com território de tão vasta extensão quanto o Município de São Paulo é extremamente complexo, pois envolve interesses conflitantes e diferentes interpretações sobre o adequado aproveitamento do solo. Por essa razão, deve-se propiciar aos interessados a apresentação de demandas e propostas para conformar a lei em produção aos reais interesses da população local.

Verifica-se dos autos que 7.870 pessoas compareceram às inúmeras audiências realizadas na Câmara Municipal e em diversas regiões da cidade, com manifestação de 1.366 pessoas. Foram realizadas 5.030 contribuições quanto a vários assuntos, tanto durante as audiências públicas quanto via *website* da Câmara e na Secretaria da Comissão de Política Urbana, Metropolitana e Meio Ambiente (fls. 1.462/1.463).

Foram ainda juntadas aos autos as transcrições das notas taquigráficas tomadas em 43 audiências públicas realizadas entre 22/06/2015 e 16/12/2015 (fls. 3.022 a 5.021 e 5.775/8.118). A primeira votação do Projeto de Lei nº 272/15, que deu origem à lei em comento, ocorreu em 16/12/2015, data da última audiência pública mencionada. O projeto foi aprovado com 3 emendas e encaminhado à comissão temática para nova redação (fls. 1.762/1.763).

As alterações ao projeto tornaram necessária a segunda votação, na qual foram apreciados alguns substitutivos, em especial o de autoria do Vereador Andreas Matarazzo, aprovado com 22 emendas em 25/02/2016 (fls. 1.858/1.963), que incorporou diversas sugestões apresentadas durante as audiências públicas e mediante outras formas de contribuição popular.

De se ressaltar que a exigência constitucional de participação popular nos projetos que tratam de matéria urbanística há de ser interpretada *cum grano salis*. Do contrário, a imposição de reabertura da discussão popular do projeto de lei a cada etapa do processo legislativo poderia torná-lo infindável, desatendendo ao interesse público e afrontando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Além de transformar o processo legislativo em verdadeiro assembleísmo incompatível com o primado da representação popular, o que com todas as vênias é inconcebível.

Importa ainda salientar, com relação ao objeto específico da presente ação direta de inconstitucionalidade, que as alterações impugnadas, referentes a quadras determinadas, constavam do projeto original, que foi submetido a amplo

Acesso ao Sumário

debate, conforme salientado. A população teve diversas oportunidades para se manifestar a respeito do tema, e efetivamente apresentou suas razões, como ocorrido, por exemplo, na audiência realizada na Câmara no dia 28/11/2015 (fls. 5.012). Portanto, não há falar em desrespeito ou ofensa à exigência constitucional de participação popular.

Finalmente, a norma impugnada não viola o direito adquirido decorrente das restrições urbanísticas convencionais constantes de alguns compromissos de compra e venda de imóveis localizados naquela área, emitidos há várias décadas pela Companhia Imobiliária Morumby, nos seguintes termos: "No lote compromissado não será construída mais de uma casa que se destinará exclusivamente para fins residenciais e as respectivas dependências, ficando expressamente proibida a construção de prédio para habitação coletiva. Essa casa não poderá ter mais de dois pavimentos, acima do nível do solo (térreo e superior) nem será usada, nem adaptada para fins comerciais, industriais ou qualquer outro, por força a nunca exercerem na mesma comércio ou indústria de qualquer natureza, nem serem nela instalados colégio, hospital, templo, cinema, pensão, etc" (fls. 87, 92, 96, repetidos nas fls. 396, 401 e 405, 1.015, 1.020 e 1.024 e 5.411/5.687).

Ao contrário do alegado, a legislação municipal superveniente que altera as normas sobre o uso e ordenação do solo urbano prevalece sobre as restrições convencionais, ainda que possa, se mal concebida, levar à descaracterização do modelo original do empreendimento idealizado pelo loteador, com prejuízos aos proprietários e à qualidade de vida dos cidadãos.

Esse risco, porém, decorre da própria Constituição Federal que outorga aos Municípios competência para, dentre outras matérias, promover adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII). Portanto, no Estado Democrático de Direito cabe ao Município assumir a responsabilidade pelos rumos e destinos que devam ser dados às questões urbanísticas.

Neste particular, cabe reforçar os ensinamentos de HELY LOPES MEIRELLES no sentido de que "as restrições legais são as impostas pelas normas edilícias para todas as urbanizações ou especificamente para determinados loteamentos ou certos bairros. Tais restrições, como imposições urbanísticas de ordem pública, têm supremacia sobre as convencionais e as derrogam quando o interesse público exigir, alterando as condições iniciais do loteamento, quer para aumentar as limitações originárias, quer para liberalizar as construções e usos até então proibidos" (*Direito de Construir*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 138).

Portanto, a restrição urbanística imposta pelo loteador não tem prevalência sobre as diretrizes menos restritivas previstas na legislação municipal superveniente, pois consideradas estas adequadas à nova e atual realidade urbana do Município e às necessidades dos moradores, daí a legitimidade da flexibilização

Acesso ao Sumário

das restrições convencionais antigas que não mais atendem ao interesse público.

Não se discute a licitude da restrição imposta pelo loteador; todavia, tal restrição não deve assumir caráter perpétuo em face da dinâmica social e urbanística, podendo e devendo ser flexibilizada pelo Município sempre que presente o interesse público, identificado pela existência de lei estrita aprovada pela Câmara de Vereadores, visando incentivar e proporcionar de forma impessoal o desenvolvimento da cidade e o bem estar dos cidadãos.

Tampouco se nega o caráter público de certas restrições convencionais permitidas pela Lei 6.766/1979, mas o progresso das cidades, não raro, impõe que sejam flexibilizadas com fundamento no interesse público, uma vez que este também se atualiza e se renova conforme as novas exigências sociais e tecnológicas.

Observe-se, por fim, que a decisão proferida no julgamento do Recurso Especial nº 302.906 pelo E. STJ refere-se a hipótese distinta, em que não foram observadas as regras convencionais. Assim, somada à ausência de força vinculante do precedente a distinção entre os casos, não devem mesmo ser observados seus fundamentos.

Por essas razões, julga-se improcedente a ação direta de inconstitucionalidade.

VOTO DE CONVERGENTE:

(Voto nº 62.152)

1. Adiro ao bem fundamentado voto proferido pelo eminente Des. DÉCIO NOTARANGELI, voto cujo relatório adoto.

2. O caso destes autos é o de uma ação direta de inconstitucionalidade que impugna a Lei paulistana 16.402, de 22 de março de 2016.

3. O minucioso voto do eminente Relator afastou, um a um, os motivos que escoraram a demanda, e, em dada passagem, observou que *"a norma impugnada não viola o direito adquirido decorrente das restrições urbanísticas convencionais constantes de alguns compromissos de compra e venda de imóveis localizados naquela área, emitidos há várias décadas pela Companhia Imobiliária Morumby"*.

4. Nesse ponto, peço vênia para averbar, em reiteração quase à letra, precedente voto expresso neste Tribunal de Justiça.

É de larga história e fez-se clássica a lição de que o bem da parte haja de subordinar-se ao bem do todo, e isso porque o bem comum é melhor do que os bens particulares, é mais amorável do que eles – *"semper autem commune bonum est magis amabile unicuique quam proprium bonum"* (S.TOMÁS, *S.th.*, II-II, 26, 4, ad 3) – e a eles preferível – *cum bonum commune sit proprio praeferendum* (*S.th.*, I I-II, 32, 6).

Acesso ao Sumário

Mas a aplicação desse princípio – qual seja, o princípio da totalidade – na cidade humana, considerando o modo com que os homens tendem a suas correspondentes perfeições, não pode ignorar, para logo, que os mesmos homens não se ordenam à comunidade política segundo todo seu ser e todas as coisas que lhes pertencem (veja-se *S.th.*, I-II, 21, 4, *ad* 3).

Assim, para que a primazia do bem comum seja legítima, é necessário compreender adequadamente seu conceito e, dessa maneira, ter em conta que sua superioridade sobre os bens particulares não significa, porém, uma sorte de **"despotismo totalitário"** (de que diz JEAN MADIRAN, *in Le principe de totalité*, Nouvelles Éditions Latines, Paris, 1963 , p. 87: *"Ses discours variables reviennent à dire que la communauté politique est un tout substantiel ayant son bien propre, auquel les membres de la communauté sont absolument subordonnés"*) ou um mero **"coletivismo"** – *"qui demande une aliénation du bien propre"* (CHARLES DE KONINCK, *De la primauté du bien commun contre les personnalistes*, ed. Université Laval e Fides, Quebec – Montreal, 1943, p. 11).

5. Não é raro frequentem os tribunais conflitos entre restrições pactuadas na instituição de parcelamentos do solo e leis municipais que lhes são posteriores.

Confrontam-se, então, argumentos de irrecusável elevada estatura, de que abaixo se apontam exemplos de valor bastante.

Ao julgar-se o REsp 302.906 (j. 26-8- 2010), vitoriou-se no eg. Superior Tribunal de Justiça a posição liderada pelo eminente Min. HERMAN BENJAMIN, em voto de cuja ementa se recruta:

> "(...) *5. A Lei Lehmann (Lei 6.766/1979) contempla, de maneira expressa, as 'restrições urbanísticas convencionais do loteamento, supletivas da legislação pertinente' (art. 26, VII). Do dispositivo legal resulta, assim, que as restrições urbanístico-ambientais legais apresentam-se como normas-piso, sobre as quais e a partir das quais operam e se legitimam as condicionantes contratuais, valendo, em cada área, por isso mesmo, a que for mais restritiva (= regra da maior restrição).*
>
> *6. Em decorrência do princípio da prevalência da lei sobre o negócio jurídico privado, as restrições urbanístico-ambientais convencionais devem estar em harmonia e ser compatíveis com os valores e exigências da Constituição Federal, da Constituição Estadual e das normas infraconstitucionais que regem o uso e a ocupação do solo urbano.*
>
> *7. Negar a legalidade ou legitimidade de restrições urbanístico-ambientais convencionais, mais rígidas que as legais, implicaria recusar cumprimento ao art. 26, VII, da Lei Lehmann, o que abriria à especulação imobiliária ilhas verdes solitárias de São Paulo (e de outras cidades brasileiras), como o Jardim Europa, o Jardim América, o Pacaembu, o Alto de Pinheiros e, no caso dos autos, o Alto da Lapa e a Bela Aliança (City Lapa).*
>
> *8. As cláusulas urbanístico-ambientais convencionais, mais rígidas que*

Acesso ao Sumário

as restrições legais, correspondem a inequívoco direito dos moradores de um bairro ou região de optarem por espaços verdes, controle do adensamento e da verticalização, melhoria da estética urbana e sossego.

9. A Administração não fica refém dos acordos 'egoísticos' firmados pelos loteadores, pois reserva para si um ius variandi *, sob cuja égide as restrições urbanístico-ambientais podem ser ampliadas ou, excepcionalmente, afrouxadas.*

10. O relaxamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais convencionais, permitido na esteira do ius variandi *de que é titular o Poder Público, demanda, por ser absolutamente fora do comum, ampla e forte motivação lastreada em clamoroso interesse público, postura incompatível com a submissão do Administrador a necessidades casuísticas de momento, interesses especulativos ou vantagens comerciais dos agentes econômicos.*"

Em contrapartida, ao decidir-se o REsp 1.774.818 (j. 19-5-2020), o mesmo col. STJ, liderado pelo voto da eminente Min. NANCY ANDRIGHI, assentou:

"(...) *4. Na jurisprudência deste Tribunal Superior, não há fundamento para a pretensão da recorrente de fazer prevalecer uma restrição convencional originária, imposta unilateralmente pelo loteador, frente à legislação municipal que, de forma fundamentada, abranda essas restrições.*

5. Não há como opor uma restrição urbanística convencional, com fundamento na Lei 6.766/79, à legislação municipal que dispõe sobre o uso permitido dos imóveis de determinada região. De fato, já em conformidade com a nova ordem constitucional, a Lei 9.785/99 alterou a Lei de Parcelamento do Solo Urbano, em seu art. 4º, § 1º, para reconhecer expressamente que essa competência é do município" (cit. das ementas).

6. Qual a clave para solver-se esse conflito?

Podem adotar-se, por hipótese, posições que, *sic et simpliciter*, pendam para um lado ou para o outro, de modo que, então, prevaleçam sempre ou as restrições convencionais (a despeito da lei posterior) ou as normas pósteras (a despeito das restrições convencionais).

Essas primeiras correntes enfrentam-se em que recusam uma possível convivência dos interesses privados (que a Lei 6.766, de 1979, prevê no inc. VII de ser art. 25: *"declaração das restrições urbanísticas convencionais do loteamento, supletivas da legislação pertinente"*) e os interesses urbanísticos. Ao fim, nessas correntes extremas, recusam-se ora uns, ora outros desses interesses.

Outro entendimento, que se beneficia de atender à vantagem circunstancial da preponderância ora da lei, ora das restrições pactuadas, tem o inconveniente de apoiar-se em alguma sorte de subjetivismo ao examinar, de maneira casuística, a maior ou menor relativa gradação de atendimento ao bem comum.

Sem desconsiderar a relevância dessa apreciação do maior ou menor benefício circunstancial da prevalência ora da lei, ora das restrições pactuadas,

Acesso ao Sumário

caberia cogitar, ainda, da adoção de um critério de caráter objetivo, que resulte do peculiar significado normativo das previsões legais. É possível, com esse critério, ressalvar uma esfera de autonomia privada (para o caso brasileiro, cf. inc. VII do art. 26 da Lei 6.766, de 19-12-1979), sem, com isso, desprezar a relevância das **normas urbanísticas, que são próprias do direito público** e, por essa razão, **normas cogentes** (veja-se JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Direito urbanístico brasileiro*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, p. 74 e 75), certo que a ordenação territorial urbana é uma função pública (LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Derecho urbanístico – Instituciones básicas*, ed. Ciudad Argentina, Mendoza, 1986, p. 42 e 43).

Para que, de um lado, possa resguardar-se a coercitividade da norma legal urbanística, sem que, de outro lado, haja menosprezo de um âmbito próprio à legalmente prevista autonomia das vontades particulares, deve exatamente prevalecer a lei, segundo a classe da correspondente regra de conduta.

Como é sabido, de três modos classificam-se as regras de conduta. São elas (*i*) regras **preceptivas**, (*ii*) regras **proibitivas** e (*iii*) regras **permissivas**.

Quando a lei, de maneira cogente, impõe ou proíbe condutas, contra a norma não cabe confrontar validamente um pacto particular. Em outras palavras – moldadas ao caso destes autos –, se uma lei urbanística preceitua ou veda uma dada conduta na esfera urbanística, inviável é que a ela se oponham convenções privadas.

Diversamente, se a lei, ainda que cogente, permite condutas, ela convive com pactos particulares que abdiquem da realização dessas condutas. Assim, a título ilustrativo, se uma lei, em dado local, passa a admitir o desdobro de um lote de 500 m², isso não significa que uma restrição contratual não possa estorvar essa segregação do imóvel, desde que se admita em lei a possibilidade dessa mesma restrição particular.

Objetar-se-á – e não se nega o relevo desta objeção – que a norma permissiva ulterior confere um direito subjetivo recusado pela restrição precedente, mas o fato é que nada impediria pudessem os particulares, após a vigência da lei nova, abdicar da conduta permitida. Assim, p.ex., ao registrar-se um parcelamento do solo, admite-se uma restrição desse gênero, porque a conduta objeto não é preceituada, nem defesa, mas somente concedida aos particulares que a quiserem seguir (veja-se acerca da persistência das cláusulas convencionais mais gravosas do que as leis dos municípios: GILBERTO VALENTE DA SILVA, "As restrições do loteamento – prefeitura municipal e o registro de imóveis", em VV.AA., *Doutrinas essenciais Direito registral*, org. SÉRGIO JACOMINO e outro, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, vol. IV, cit. p. 997, *in medio*).

Acesso ao Sumário

De fato, o problema que se avista está em saber se a norma urbanística permissiva se destina, de maneira principal, ao prestígio de situações indivi-

duais ou ao de situações comunitárias. Parece ser de consenso que o direito urbanístico visa, sobretudo, ao bem comunal. Por isso, as restrições privadas instituídas com o contrato padrão de um parcelamento registrado prevalecem – em favor da comunidade – até que haja regra legal preceptiva ou proibitiva que as enfrente, ou que, por novo pacto, venham a alterar-se.

Com efeito, até que uma coisa ou outra ocorra, essas restrições convencionais constantes do contrato padrão nos parcelamentos devem prevalecer com imposição a todos os que adquiram lotes desses parcelamentos, porque essas restrições se configuram, tanto que levadas a registro e preservadas de fato, como persistentes ônus reais ou, noutra acepção, obrigações *propter rem* (cf., a propósito, ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, "Restrições convencionais de loteamento", in em VV.AA., *Doutrinas essenciais Direito registral*, *o.c.*, vol. IV, p. 812 *et sqq.*). Ou seja, são ônus ou obrigações integradas ao estatuto dominial e que têm natureza ambulatória, de sorte que acompanham o direito real, nada obstante sua transmissão.

AFRÂNIO DE CARVALHO ilustrou o assunto com um episódio muito gráfico: o das restrições contratuais que assinem o uso exclusivamente residencial dos imóveis em um dado loteamento. Então, disse o autor, dá-se o "vaivém de alvarás da Prefeitura", e lembrou que o eg. Supremo Tribunal Federal invocou, de maneira incidental, *"a opinião de Hely Lopes Meirelles, segundo o qual as restrições urbanísticas gerais convivem com as especiais, estipuladas convencionalmente entre os particulares no interesse coletivo* (...)*"* (o STF, nesse caso, não conheceu do recurso extraordinário, mantendo-se um acórdão que acolheu interdito proibitório para impedir a transformação de uma residência em comércio – cf. "Restrições urbanísticas em loteamento", em VV.AA., *Doutrinas essenciais Direito registral*, *o.c.*, vol. V, p. 1.064 e 1065).

POSTO ISSO, voto pela improcedência desta demanda de inconstitucionalidade, acompanhando as excelentes razões desfiadas pelo voto do eminente Des. DÉCIO NOTARANGELI.

É como voto.

Ricardo Dip, Desembargador-vogal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2306096-21.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MARÍLIA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MARÍLIA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE, CAS-

Acesso ao Sumário

SADA A LIMINAR. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.178)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, RENATO RANGEL DESINANO, MELO BUENO, PAULO ALCIDES, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO e CAMPOS MELLO.

São Paulo, 10 de abril de 2024.

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei nº 9.019, de 30 de outubro de 2023, do Município de Marília que *"institui o Programa 'Saúde Mental' nas escolas da rede pública municipal"*.

1. Ato normativo de origem parlamentar – Norma abstrata e genérica que institui política pública direcionada à proteção da saúde mental no ambiente escolar – Ausência de vício de iniciativa – Matéria que não se insere em nenhuma daquelas previstas no rol taxativo do artigo 24, § 2º, da Carta Bandeirante – Competência legislativa concorrente – Tema 917 da Repercussão Geral (ARE nº 878.911/RJ) – Imposição de encargo ao Poder Público com a finalidade de conferir maior efetividade a direito social previsto na Constituição não configura violação ao texto constitucional – Câmara Municipal que atuou no exercício legítimo de sua competência, regulando assunto de interesse local – Precedentes do E. Supremo Tribunal Federal.

2. Legislação que não interfere na gestão do Município e tampouco veicula tema relacionado à reserva de administração – Ofensa ao princípio da separação dos poderes não configurada.

3. Falta de especificação de fonte de custeio, ademais, que não traduz infringência ao disposto no artigo 25 da Constituição Estadual, mas apenas inexequibilidade da norma no ano em que foi aprovada – Inexis-

Acesso ao Sumário

tência de afronta ao artigo 113 do ADCT – Diploma normativo hostilizado que não impõe renúncia de receita, tampouco podendo ser considerado como despesa obrigatória – Precedente – Ação improcedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito do Município de Marília em face da Lei Municipal nº 9.019, de 30 de outubro de 2023, que *"institui o Programa 'Saúde Mental' nas escolas da rede pública municipal"*, apontando violação ao princípio federativo e aos artigos 2º e 18 da Constituição Federal, além dos artigos 1º, 5º, 25, 47, incisos II, XI, XIV e XIX, *"a"*, 111 e 144, da Constituição Estadual e 113 do ADCT.

Sustenta o requerente, em síntese, que incumbe ao Poder Executivo dispor sobre a organização e o funcionamento da Administração Municipal, aduzindo que a norma impugnada tipifica clara interferência nas atribuições de órgão público local. Alega, em acréscimo, que o Legislativo delimitou atribuições específicas a cargo de órgão do Poder Executivo, determinando expressamente atribuições à Secretaria municipal competente para desenvolvimento de ações de promoção e prevenção da saúde mental nas escolas municipais e da rede conveniada, impondo, dentre outras medidas, a formação de equipe interdisciplinar, o treinamento de profissionais, a realização de triagem entre os alunos e avaliações psicológicas, impactando na execução de serviços de Secretarias com o acúmulo de mais atribuições. Ponderando, no mais, que se encontram presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, insiste, em caráter liminar, na suspensão da eficácia da Lei nº 9.019, de 30 de outubro de 2023, do Município de Marília, até decisão definitiva, declarando-se, a final, a sua inconstitucionalidade.

Concedida a liminar, o feito foi processado.

O Presidente da Câmara Municipal de Marília prestou informações, aduzindo que as alegações constantes da exordial basearam-se na redação original do Projeto de Lei nº 82/2022, desconsiderando o requerente que outro foi o texto aprovado pelo Plenário. Esclarece que, de fato, a Procuradoria Jurídica da edilidade opinou pela inconstitucionalidade de trechos da redação primitiva, mediante imposição de atribuições ao Executivo, adentrando em matéria da reserva de administração, o que teria sido corrigido em razão de substitutivo apresentado ao projeto de lei, excluindo-se os dispositivos inconstitucionais. Sucede que, por equívoco, o texto inicialmente publicado no Diário Oficial foi o da redação original e não aquele aprovado em Plenário, sendo o diploma normativo republicado, isento de vícios, dispondo sobre matéria de iniciativa concorrente à luz do interesse local, nos termos da tese fixada no Tema 917 da Repercussão Geral. Defende, por isso, a improcedência da demanda (fls. 52/65).

Acesso ao Sumário

A Procuradora Geral do Estado deixou transcorrer, *in albis*, o prazo para manifestação (cf. fl. 106).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pela improcedência da ação direta (fls. 111/117).

Diante das alegações do Presidente da Câmara Municipal de Marília e considerando que o texto normativo que estava em vigor no momento do ajuizamento da ação direta (13/11/2023) era, de fato, aquele questionado na petição inicial (cf. fls. 32/33), sendo a norma impugnada republicada somente no curso da demanda, em 06/01/2024 (cf. fl. 104), determinei a intimação do Prefeito para que se pronunciasse a respeito, inclusive para justificar a manutenção do interesse de agir tendo em vista a causa de pedir delineada na petição inicial, nos termos do artigo 10 do Código de Processo Civil.

O requerente manifestou-se às fls. 123/127, reiterando as razões consignadas e apresentando emenda à inicial para fazer constar a redação do texto republicado, enfatizando que foi mantida a essência da norma hostilizada, envolvendo a criação de programa social sem qualquer lastro em política pública anteriormente articulada e estudada, configurando clara interferência nas atribuições de órgão público municipal, usurpando, assim, as funções do Executivo. Pleiteia, subsidiariamente, a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento da lei republicada.

Deferido o aditamento, dispensei novas informações na medida em que tanto a edilidade quanto o digno Subprocurador-Geral de Justiça pronunciaram-se no feito considerando a redação final da Lei nº 9.019, de 30 de outubro de 2023, do Município de Marília, sendo os autos encaminhados à mesa para julgamento.

É o relatório.

A ação é de ser julgada improcedente.

O diploma normativo impugnado, considerando o texto republicado, tem o seguinte teor:

> **Lei nº 9.019, de 30 de outubro de 2023, do Município de Marília**, que *"institui o Programa 'Saúde Mental' nas escolas da rede pública municipal"*.
>
> *"**Art. 1º**. A Prefeitura Municipal de Marília promoverá um Programa de Saúde Mental nas escolas da rede pública municipal para alunos e professores, de caráter permanente, em instituições de educação infantil da rede própria e da rede conveniada e em escolas de ensino fundamental regular do Município.*
>
> ***§ 1º**. A coordenação do programa, a ser definida pelo Município, terá como objetivo desenvolver ações de promoção e prevenção da saúde mental.*
>
> ***§ 2º**. O Programa Saúde Mental compreenderá a realização de ações continuadas de promoção de saúde mental, visando o desenvolvi-*

Acesso ao Sumário

mento de hábitos saudáveis de saúde mental.

***Art. 2º**. O Poder Executivo Municipal regulamentará a presente Lei, no que couber.*

***Art. 3º**. As despesas decorrentes do cumprimento desta Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.*

***Art. 4º**. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação"* (cf. fl. 104).

Ao que se infere, originou-se a lei atacada de projeto de autoria parlamentar que, após o veto do Alcaide, foi promulgada pelo Presidente da Câmara Municipal.

Com efeito, a mera instituição de programas não é matéria relacionada à iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo.

Por se tratar de limitações ao poder de instauração do processo legislativo, as hipóteses previstas no texto constitucional (artigo 24, § 2º, da Carta Paulista) devem ser interpretadas restritivamente, inexistindo óbice à iniciativa parlamentar de projeto de lei que não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos, nem do regime jurídico de servidores públicos, porquanto o constituinte não restringiu o âmbito de sua titularidade.

Vale dizer, a criação de programa de saúde mental nas escolas municipais, previsto na Lei nº 9.019/2023 do Município de Marília, não se insere em nenhuma das regras previstas no rol taxativo do artigo 24, § 2º, da Carta Bandeirante, cuidando-se de competência legislativa concorrente, sendo dever do Estado prover o direito social à saúde mediante instituição de políticas públicas.

Paralelamente, não é todo e qualquer projeto de lei que crie despesas ou determine obrigações ao Poder Executivo que estará adstrito à disciplina normativa exclusiva do Prefeito, sob pena de se esvaziar a função típica da Câmara Municipal, descabendo cogitar de violação ao princípio da separação dos poderes e tampouco de ingerência indevida na esfera administrativa do Alcaide.

Essa questão, aliás, foi objeto do Tema nº 917 da Repercussão Geral, tendo o E. Supremo Tribunal Federal consolidado a seguinte tese:

> "Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual. Lei 5.616/2013, do Município do Rio de Janeiro. Instalação de câmeras de monitoramento em escolas e cercanias. 3. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Competência privativa do Poder Executivo municipal. Não ocorrência. Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência desta Corte. 5. Recurso extraordinário provido" (ARE nº 878.911 RG/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes – grifei).

Na ocasião, o eminente Ministro Gilmar Mendes deixou pontificado que

Acesso ao Sumário

"a proteção aos direitos da criança e do adolescente qualifica-se como direito fundamental de segunda dimensão que impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva destinado a todos os entes políticos que compõem a organização federativa do Estado Brasileiro, nos termos do art. 227 da Constituição".

Em regra, a escola é o primeiro espaço de convívio social e de relações interpessoais de crianças e adolescentes, podendo a falta de atenção com a saúde mental afetar o desempenho escolar e ter reflexos na vida adulta, incumbindo ao Estado e à sociedade assegurar-lhes ambientes construtivos, inclusivos e de prevenção a transtornos mentais, mormente diante da maior vulnerabilidade desse grupo de indivíduos, regulando a norma local sobre tema que lhes é sensível.

Disso decorre que proposições legislativas concernentes à instituição de programa de saúde mental na rede municipal de ensino não se submete à cláusula de reserva prevista na Constituição Bandeirante e tampouco constitui ingerência nas prerrogativas do Chefe do Poder Executivo cuidando-se, na verdade, de norma abstrata e genérica de inegável relevância, mormente diante do importante papel das escolas no desenvolvimento psíquico do indivíduo, contribuindo para a construção de habilidades sociais, de empatia e autocontrole.

Em situações assemelhadas, a jurisprudência deste C. Órgão Especial tem orientado:

> "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" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2173929-40.2023.8.26.0000, Relator Desembargador Vico Mañas, j. 31/01/2024).

Acesso ao Sumário

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal de Catanduva n.º 6.383/23, que institui a campanha 'Janeiro Branco' dedicada à realização de ações educativas para difusão da saúde mental e bem-estar. Vício de iniciativa e violação à separação de Poderes. Inocorrência. Assunto de interesse local. Inteligência do art. 30, inc. I, da CF. Texto que não dispõe sobre a estrutura ou a atribuição dos órgãos da Administração, tampouco sobre o regime jurídico de servidores públicos. STF, ARE 878.911-RJ, com repercussão geral. Violação à reserva da Administração. Inocorrência. Exegese do art. 47, inc. II, da CE. Texto que visa concretizar direito social, assegurando a proteção à saúde. Inteligência do art. 6º, *caput*, da CF. STF, ADI 4.723-AP. Mera instituição de campanha de 'organização e participação voluntária', que não cria encargos, tampouco impõe prazo para regulamentação. Inconstitucionalidade. Inocorrência. Precedentes deste C. Órgão Especial. Pedido improcedente" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2155552-21.2023.8.26.0000, Relator Desembargador Tasso Duarte de Melo, j. 29/11/2023 – grifei).

"Ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Santo André impugnando a Lei nº 10.657/2023, de iniciativa parlamentar, que criou o 'Programa Habilidoso', o qual possui como objetivo promover a reinserção de idosos no mercado de trabalho – Ausência, em linhas gerais, de vício de iniciativa, à luz da tese firmada pelo E. STF no Tema nº 917 de Repercussão Geral – Matéria diretamente relativa ao direito social previsto no art. 6º da Carta da República e ao dever comum preconizado no art. 230, *caput* da Constituição Federal, desaguando, em última instância, nos princípios insculpidos nos art. 1º, III e 3º, I e IV da Carta Magna – Alinhamento, ademais, com o Estatuto do Idoso – Precedentes do E. STF chancelando a constitucionalidade de leis municipais de iniciativa parlamentar que prestigiam direitos sociais – Manutenção, pois, das normas gerais e abstratas que delineiam o programa em tela – Existência, contudo, de expressões e dispositivos que afrontam o princípio da separação dos Poderes, porquanto tolhem do Executivo a opção pela melhor forma de implementação da política pública proposta – Mácula também notada na fixação de prazo para regulamentação da lei, na autorização para celebrar convênios, acordos de cooperação e protocolos de intenção para consecução dos fins propostos e na autorização para concessão de benefício fiscal – Pedido julgado parcialmente procedente" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2144748-91.2023.8.26.0000, Relatora Desembargadora Luciana Bresciani, j. 13/09/2023).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 14.198, DE 5 DE AGOSTO DE 2022, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO/SP, QUE 'CRIA O PROGRAMA MUNICIPAL DE PREVENÇÃO AO SUICÍDIO E DE PROMOÇÃO DO DIREITO AO ACESSO À SAÚDE MENTAL ENTRE JOVENS E ADOLESCENTES DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS' – LEI DE

Acesso ao Sumário

INICIATIVA PARLAMENTAR – POLÍTICA PÚBLICA VOLTADA À SAÚDE – CONFORMIDADE AOS ARTIGOS. 5º, 24, § 2º, 47, INCISOS II E XIV, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO – VÍCIO DE INICIATIVA NÃO CARACTERIZADO, POIS A NORMA IMPUGNADA NÃO VERSA SOBRE A ESTRUTURA OU ORGANIZAÇÃO DE ÓRGÃOS DO EXECUTIVO OU REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS – TESE FIXADA EM REPERCUSSÃO GERAL NO ÂMBITO DO C. STF – TEMA Nº 917 – ARE. 878.911/RJ – DISPOSIÇÕES CONTIDAS NOS ARTIGOS 3º, 4º, 5º, 6º, 7º E 9º DA LEI IMPUGNADA, PORÉM, QUE INGRESSAM NO CAMPO DA RESERVA DA ADMINISTRAÇÃO, POR DELIMITAR A FORMA DE EXECUÇÃO DO PROGRAMA CRIADO – INVIÁVEL, AINDA, A INSTITUIÇÃO DE PRAZO PARA O EXECUTIVO REGULAMENTAR A NORMA – PRETENSÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2194889-51.2022.8.26.0000, Relator Desembargador Francisco Casconi, j. 26/07/2023).

Portanto, a criação de programa de saúde pública na rede municipal de ensino não traduz, por si só, ato concreto ou específico de gestão ou interferência indevida na esfera do Chefe do Poder Executivo, cumprindo registrar que nem mesmo a extensão do programa aos professores é passível de configurar vício de inconstitucionalidade, não tendo o alcance de interferir no regime jurídico dos servidores da área da educação ou em atribuições de órgãos públicos, sendo irrecusável que a saúde mental dos profissionais da educação tem reflexos diretos na qualidade do ensino.

Em outras palavras, não se vislumbra qualquer ingerência na esfera privativa do Poder Executivo, constituindo a norma hostilizada importante instrumento de concretização do direito fundamental à saúde consagrado tanto na Lei Maior (artigos 6º, 196 e 197) como na Carta Paulista (artigos 219 e 220), além de conferir efetividade ao princípio constitucional da absoluta prioridade à vida e à saúde da criança e adolescente (art. 227 da Carta Maior).

Consoante já deixou pontificado o E. Supremo Tribunal Federal ao analisar lei do Estado do Amapá que autoriza a construção e a implantação de casa de apoio a estudantes e professores provenientes do interior do Estado: *"não se trata sequer de reconhecer direitos, visto que eles emanam da própria Constituição, mas de lhes dar concretude. Trata-se, assim, de providência exigida de todos os poderes do Estado. Conforme fiz observar quando do julgamento da ADI 5.243, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Red. para o acórdão Min. Edson Fachin, Pleno, DJe 02.08.2019, não há invasão de competência quando o poder legislativo limita-se a explicitar o conteúdo de direito fundamental já expresso na Constituição. Não restam dúvidas de que a construção e manutenção de uma casa de apoio para abrigar estudantes e professores que venham do interior do estado para a capital em busca de qualquer espécie de nível educacional, que não esteja disponível em seus municípios de origem, cria obrigações para a*

Acesso ao Sumário

Administração Pública e para o Poder Executivo. Tais obrigações, no entanto, não implicam, necessariamente, a alteração de sua estrutura ou a criação de novas atribuições. Não há, a rigor, diminuição ou ampliação de normas de competência, salvo as que, implicitamente, ante ao reconhecimento constitucional dos direitos à moradia e à educação, derivam da própria Constituição. A lei estadual, quando se presta a promover o cumprimento de encargo inerente ao Poder Público para a viabilidade de concretização do direito social, não fere prerrogativa constitucional de iniciativa" (ADI nº 4.723/AP, Relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 22/06/2020 – grifei).

No mesmo sentido:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA MUNICIPAL. LEI 13.493/2020 DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO: PREVISÃO DE MATRÍCULA DE ALUNOS DO ENSINO INFANTIL E FUNDAMENTAL EM UNIDADES DE ENSINO PRÓXIMAS À RESIDÊNCIA OU AO LOCAL DE TRABALHO DOS PAIS OU RESPONSÁVEIS. AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO DE ESTRUTURA OU DE ATRIBUIÇÃO DE ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA QUESTIONADA. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO TEMA 917 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
>
> I – O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 878.911-RG/RJ (Tema 917 da Repercussão Geral), da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, assentou que 'não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, 'a', 'c' e 'e', da Constituição Federal)'.
>
> II – Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, não ofende a separação de poderes a previsão, em lei de iniciativa parlamentar, de encargo inerente ao Poder Público a fim de concretizar direito social previsto na Constituição" (RE nº 1.323.723 AgR/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 26/09/2022 – grifei).

Com isso, a edilidade exerceu validamente sua prerrogativa de legislar com base no interesse local, editando norma direcionada à concretização de direito social, não havendo que se falar em usurpação de competência legislativa ou ofensa à separação dos poderes.

Por outro lado, a ausência de especificação de fonte de custeio não traduz infringência ao disposto no artigo 25 da Constituição Estadual, conduzindo apenas à inexequibilidade da norma no ano em que foi aprovada:

> "(...) A ausência de dotação orçamentária prévia em legislação específica não autoriza a declaração de inconstitucionalidade da lei, impedindo tão-somente a sua aplicação naquele exercício financeiro" (ADI nº 3.599/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes).

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido:

"(...) é assente o entendimento jurisprudencial de que a falta de dotação orçamentários não é causa de inconstitucionalidade de lei, senão de inexequibilidade das obrigações no mesmo exercício orçamentário em que promulgada. – Ação improcedente" (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2177608-19.2021.8.26.0000; Rel. Des. Torres de Carvalho; j. 04/05/2022).

"(...) no que diz respeito à alegação de 'falta de previsão orçamentária', não haveria nenhum vício na lei, pois é possível, em tese, a inclusão de pagamento de benefício no orçamento municipal anual, sendo admitida a indicação de fonte de custeio genérica. Precedentes mais recentes deste Colendo Órgão Especial vêm adotando tal entendimento: ADI nº 2110879-55.2014.8.26.0000 V.U. j. em 12.11.2014 Rel. Des. Márcio Bartoli; ADI nº 2181349-14.2014.8.26.0000 V.U. j. em 08.04.2015 Rel. Des. José Damião Pinheiro Machado Cogan; ADI nº 2017167-40.2016.8.26.0000 V.U. j. em 27.07.2016, Rel. Des. Evaristo dos Santos; ADI nº 2035546-29.2016.8.26.0000 V.U. j. em 27.07.2016, Rel. Des. Evaristo dos Santos. Isto porque, e assim tem entendido este Colendo Órgão Especial, a falta de indicação da fonte de custeio não desqualifica a lei, apenas a torna inexequível no exercício corrente conforme como se vê, exemplificativamente, nas ADIs nºs 2211204-01.2015.8.26.0000 (Rel. Des. Márcio Bartoli, 2.03.2016), 2048514-28.2015.8.26.0000 (Rel. Des. Xavier de Aquino, 12.08.2015) e 2033291-98.2016.8.26.0000 (Rel. Des. Arantes Theodoro)" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2058335-22.2016.8.26.0000, Órgão Especial, Relator Desembargador Beretta da Silveira).

Da mesma forma, descabe cogitar de violação ao artigo 113 do ADCT na medida em que o diploma normativo hostilizado não impõe renúncia de receita, tampouco podendo ser classificado como despesa obrigatória a atrair a necessidade de estimativa de impacto orçamentário e financeiro, principalmente diante da margem de liberdade conferida ao Chefe do Poder Executivo na concretização da política pública nele prevista, incumbindo-lhe definir as prioridades na alocação de recursos.

Acesso ao Sumário

Confira-se, na mesma diretriz, entendimento sufragado por este C. Órgão Especial:

"Ação direta de inconstitucionalidade – Ação movida pelo Prefeito do Município de Gália objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 2.704/2022, de iniciativa parlamentar, que cria o Programa Esporte Social; Inexistência, em linhas gerais, de vício de iniciativa, à luz do Tema nº 917 de Repercussão Geral e da competência legislativa suplementar dos Municípios a respeito da matéria – Concretização de direitos sociais – Precedentes do E. STF – Ausência, ainda em âmbito geral, de mácula aos arts. 25 da CE, 167, I, da CF e art. 113 do ADCT – Jurisprudência do E. STF assente no sentido de que a falta de indicação

da fonte de custeio para realização das medidas preconizadas na norma não é causa de sua inconstitucionalidade, implicando tão somente que a eficácia da norma se dará apenas no exercício financeiro seguinte ao de sua promulgação – Política pública que, ao se sujeitar a disponibilidades financeiras e técnicas locais, possuindo certo grau de flexibilização, não se insere no conceito de despesa obrigatória.

(...)

É da natureza de tal sorte de programa que a execução se dê de acordo com as disponibilidades financeiras e técnicas locais, sendo função própria do Executivo a definição das prioridades na alocação de recursos pecuniários, traço esse que milita contra a classificação das despesas decorrentes da concretização da norma como obrigatórias" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2273952-28.2022.8.26.0000, Relatora Desembargadora Luciana Bresciani, j. 02/08/2023 – grifei).

Por derradeiro, vale a pena reproduzir os seguintes trechos do parecer do digno Subprocurador-Geral de Justiça:

"A meta do diploma legal vergastado é dar concretude aos direitos fundamentais das crianças e adolescente previstos na Constituição, especificamente o de experimentar absoluta prioridade nas questões afetas à sua saúde, educação, respeito, através da '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).

Assim, a iniciativa parlamentar não desalinha da compreensão firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (Tema 917), de tal sorte que não procede a arguição de sua inconstitucionalidade por invasão da reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo ou da reserva da Administração.

Destarte, não bastasse a aplicabilidade desse entendimento, não agride a separação de poderes em qualquer de suas perspectivas norma de iniciativa parlamentar que institua política pública – prioridade absoluta na salvaguarda das crianças e adolescentes em ambiente escolar – com definição de seus elementos essenciais, desde que não atinja o núcleo da reserva da Administração ou da reserva de iniciativa legislativa.

É tônica que lei de iniciativa parlamentar não é tisnada de inconstitucionalidade ao prescrever obrigação ao poder público para concretização de direitos fundamentais previstos na Constituição (...).

Observo, ainda, que a falta de recursos orçamentários não causa a inconstitucionalidade de lei, senão sua ineficácia no exercício financeiro respectivo à sua vigência, porque 'inclina-se a jurisprudência no STF no sentido de que a inobservância por determinada lei das mencionadas restrições constitucionais não induz à sua inconstitucionalidade,

Acesso ao Sumário

impedindo apenas a sua execução no exercício financeiro respectivo' (STF, ADI 1.585-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 19-12-1997, v.u., DJ 03-04-1998, p. 01).

Por derradeiro, considerando que a despesa advinda da implementação da normativa municipal em questão não é considerada como despesa obrigatória, não há que se falar em violação ao art. 113 do ADCT, aplicável aos Municípios por força do art. 144 da Constituição Paulista" (cf. fls. 114/115).

Logo, por não vislumbrar violação a dispositivos da Constituição Bandeirante e tampouco normas de observância obrigatória consagradas pela Constituição Federal, forçoso é reconhecer a constitucionalidade da Lei nº 9.019, de 30 de outubro de 2023, do Município de Marília.

Por fim, o pedido subsidiário formulado pelo Alcaide ao ensejo do aditamento à exordial não comporta acolhida na medida em que a inconstitucionalidade por arrastamento é técnica de julgamento que decorre da pronúncia de inconstitucionalidade da norma, o que não é o caso dos presentes autos.

Pelo exposto, por esses fundamentos, julgo improcedente a presente ação direta, cassada a liminar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2181551-73.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE TREMEMBÉ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TREMEMBÉ.

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 58.306)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, MELO BUENO, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES e RICARDO DIP.

São Paulo, 17 de abril de 2024.

FIGUEIREDO GONÇALVES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 5.669, de 19 de junho de 2023, do Município de Tremembé, que "Proíbe, no âmbito do Município da Estância Turística de Tremembé, a inauguração e entrega de obras públicas incompletas ou que concluídas, não atendam ao fim a que se destinam e dá outras providências". Inconstitucionalidade por Invasão à Competência Normativa do Executivo e à Separação de Poderes: Não viola a Constituição Estadual – ao revés, dá concretude aos princípios da razoabilidade, do interesse público e da moralidade administrativa – a norma de iniciativa parlamentar que veta a inauguração e a entrega de obras públicas incompletas ou sem condições de atender ao povo. Assunto que não se insere na reserva da Administração. Doutrina e jurisprudência, do STF e deste Colegiado. Ação improcedente.

VOTO

O Prefeito Municipal de Tremembé ajuíza esta ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei n. 5.669, de 19 de junho de 2023, daquela localidade, de iniciativa parlamentar, que *"proíbe, no âmbito do Município da Estância Turística de Tremembé, a inauguração e entrega de obras públicas incompletas ou que concluídas, não atendam ao fim a que se destinam e dá outras providências"*, sob o argumento de que os artigos da lei em questão versam sobre matéria da reserva da Administração, em afronta aos artigos 5º; 24, § 2º, 2; 25; 47, II, XIV e XIX, "a", da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força do artigo 144 da mesma Carta (fls. 1-27).

O pedido liminar foi indeferido.

A douta Procuradora-Geral do Estado e o Presidente da Câmara Municipal de Tremembé não apresentaram manifestação (fls. 53 e 56).

É o relatório.

Trata-se, nestes autos, de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito Municipal de Tremembé, em face do Presidente da Câmara Municipal daquele mesmo município, tendo por objeto a Lei n.º 5.669, de 19 de junho de 2023, do Município de Tremembé, que *"proíbe, no âmbito do Município da Estância Turística de Tremembé, a inauguração e entrega de obras públicas incompletas ou que concluídas, não atendam ao fim a que se destinam e dá outras providências"*, de iniciativa parlamentar, nos termos reproduzidos à fl. 36.

Aduz a inicial, em síntese, que a norma em voga, além de transpassar as exclusivas fronteiras da iniciativa legislativa conferida ao Poder Executivo,

Acesso ao Sumário

posto ter construído e principiado projeto de lei relativo a tema que está fora de sua alça de mira, malferiu o princípio da separação dos Poderes, na medida em que disciplinou acerca de assunto cujas conveniência e oportunidade remetem à atuação da Administração Pública.

O texto legislativo municipal ora impugnado – cuja íntegra consta de fl. 36 – foi originado por projeto de lei de iniciativa da vereança local, o qual foi vetado pelo alcaide, tendo a Casa Legislativa, contudo, rejeitado tal veto em Sessão Ordinária ocorrida em 12 de junho de 2023 (fls. 40-43).

Ao que se pode inferir, não assiste razão ao autor.

Ensinam GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, ao tratarem da iniciativa privativa do Presidente da República, à luz do artigo 61, § 1º, incisos I e II, da Constituição Federal, reserva-se "(...) *ao chefe do executivo (reserva-se) a iniciativa de leis que fixem ou modifiquem* (...) *versem sobre organização administrativa* (...)" (Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2013, item 4.1.1.6., p. 868).

Esta prerrogativa restou distribuída, na Constituição Bandeirante, por vários incisos de seu artigo 47 (*"Artigo 47 – Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:"*), sendo os mais pertinentes ao caso dos autos, os incisos II (*"II exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual"*); XI ("XI iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;") e XIV ("XIV praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo;"), de observância necessária no âmbito Municipal também por imposição da Carta Paulista (art. 144 da Constituição Estadual: "Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.").

De outro lado, por organização administrativa, segundo JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, deve ser entendida aquela que "(...) resulta de um conjunto de normas jurídicas que regem a competência, as relações hierárquicas, a situação jurídica, as formas de atuação e o controle dos órgãos e pessoas, no exercício da função administrativa" (Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2012, p. 447).

No âmbito local, observa HELY LOPES MEIRELLES que: "Em sua função normal e predominante sobre as demais, a Câmara elabora leis, isto é, normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta. Esta é sua função específica, bem diferenciada da do Executivo, que é a de praticar atos concretos de administração. Já dissemos e convém se repita que o Legislativo provê in genere, o Executivo in specie: a Câmara edita normas gerais, o prefeito as aplica aos casos particulares ocorrentes. Daí não ser permitido à Câmara intervir direta ou concretamente nas atividades reservadas ao Executivo, que pedem provisões administrativas especiais manifestadas em ordens proibições, con-

Acesso ao Sumário

cessões, permissões, nomeações, pagamentos, recebimentos, entendimentos verbais ou escritos com os interessados, contratos, realizações matérias da Administração e tudo o mais que se traduzir em atos ou medidas de execução governamental" (Direito Municipal Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 17ª ed., Cap. XI, item 1.2., p. 631).

A propósito, há muito foi consolidado o entendimento no âmbito do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no sentido de que esse rol de competências normativas não admite interpretação extensiva ou presunção ampliativa:

> *"A iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que – por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo – deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca"* (STF Tribunal Pleno ADI nº 724 MC/RS Rel. Min. Celso de Mello j. em 07.05.1992).

Tal posição pretoriana, aliás, viu-se recentemente reafirmada, ao ensejo da definição do Tema nº 917 da Repercussão Geral (ARE nº 878.911/RJ Rel. Min. Gilmar Mendes j. em 29.09.2016 publ. em DJe 10.10.2016), nos seguintes termos:

> *"Leading Case: ARE 878911/RJ (Relator Min. Gilmar Mendes, DJe 10.10.2016):*
> *Tese: 'Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata de sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, 'a', e 'e' da Constituição Federal)'.*
> *Na espécie, cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo prefeito do Município do Rio de Janeiro, com vistas à declaração de inconstitucionalidade da Lei 5.616/2013, do Município do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a instalação de câmeras de monitoramento de segurança nas escolas municipais e cercanias. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que as hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão taxativamente previstas no art. 61 da Constituição Federal, que trata da reserva de iniciativa de lei do Chefe do Poder Executivo. Não se permite, assim, interpretação ampliativa do citado dispositivo constitucional, para abarcar matérias além daquelas relativas ao funcionamento e estrutura da Administração Pública, mais especificamente, a servidores e órgãos do Poder Executivo. Nesse sentido: ADI 2.672, Rel. Min. Ellen Gracie, Redator para o acórdão Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJ 10.11.2006; ADI 2,0172, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 2.3.2015; ADI 3.394, Rel. Min. Eros Grau, DJe 15.8.2008. Não procede a alegação de que qualquer projeto de lei que crie despesa só poderá ser proposto pelo Chefe do Poder Executivo. As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em numerus clausus, no artigo 61 da Constituição do Brasil, quais sejam, matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente*

Acesso ao Sumário

no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo".

De tal decisão importa destacar o seguinte raciocínio: *"Não se permite, assim, interpretação ampliativa do citado dispositivo constitucional, para abarcar matérias além daquelas relativas ao funcionamento e estrutura da Administração Pública, mais especificamente, a servidores e órgãos do Poder Executivo"*.

Vale dizer, as hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em *numerus clausus*, no artigo 61 da Constituição do Brasil, quais sejam, matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo.

E, trazendo a discussão para o âmbito da Carta Estadual Bandeirante, restringir-se-ão tais hipóteses às matérias relacionadas em seu artigo 24, § 2º.

Em uma visão mais ampla, a lei guerreada não trata de assuntos que se encontram especificamente relegados à iniciativa do Poder Executivo (estrutura ou atribuição dos órgãos da Administração Pública e/ou regime jurídico de servidores públicos, cf. o Tema nº 917 da Repercussão Geral).

Inviável, pois, falar-se em violação à iniciativa privativa do Chefe do Executivo.

Ao proibir a realização de cerimônias de inauguração e entrega de obras incompletas ou que, embora concluídas, não estejam em condições de atender a população, a norma em tela desponta como concretização não apenas dos princípios da razoabilidade e do interesse público, mas, principalmente, da moralidade administrativa (artigo 111, CE/SP).

Relativamente aos princípios acima elencados, explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito Administrativo. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 110):

> *"Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.*
>
> *[...] o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto".*

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido, a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo (Curso de Direito Administrativo. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 122-123):

> *"[...] a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto*

tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreende-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé [...]. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados, com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos".

A propósito da discussão ora travada, a relevância, em termos político-institucionais, do princípio da moralidade já foi realçada até mesmo pelo Colendo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI 2.661/MA:

"[...] *O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA – ENQUANTO VALOR CONSTITUCIONAL REVESTIDO DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO – CONDICIONA A LEGITIMIDADE E A VALIDADE DOS ATOS ESTATAIS. – A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. A ratio subjacente à cláusula de depósito compulsório, em instituições financeiras oficiais, das disponibilidades de caixa do Poder Público em geral (CF, art. 164, § 3º) reflete, na concreção do seu alcance, uma exigência fundada no valor essencial da moralidade administrativa, que representa verdadeiro pressuposto de legitimação constitucional dos atos emanados do Estado. Precedente: ADI 2.600-ES, Rel. Min. ELLEN GRACIE. As exceções à regra geral constante do art. 164, § 3º da Carta Política – apenas definíveis pela União Federal – hão de respeitar, igualmente, esse postulado básico, em ordem a impedir que eventuais desvios ético-jurídicos possam instituir situação de inaceitável privilégio, das quais resulte indevido favorecimento, destituído de causa legítima, outorgado a determinadas instituições financeiras de caráter privado. Precedente: ADI 2.600-ES, Rel. Min. ELLEN GRACIE [...]"* (STF Tribunal Pleno ADI nº 2.661/MA Rel. Min. Celso de Mello j. em 05.06.2002 V.U.).

Ademais, conforme bem destacado pelo Subprocurador-Geral de Justiça (fl. 66):

"A norma apenas impede a inauguração de obra ainda inútil para a população, ou porque ainda está inacabada ou porque não pode ser utilizada. A utilidade é um conceito que fornece o ingrediente razoável à lei e ao comportamento da Administração, impondo que não seja inaugurada. Assegura, assim, a moralidade administrativa no caso concreto,

Acesso ao Sumário

evitando-se o uso político de inaugurações apressadas de obras ainda inacabadas.

É um non sense, aliás, inaugurar obra que não possa ser usada; é ofensivo à lógica e à razão, e que, amiúde, ainda onera o erário com os custos da solenidade.

Tenho, portanto, que a lei em foco neste processo é modelar exemplo de concretização dos princípios de moralidade e razoabilidade".

Em arremate, como bem consignado no voto de relatoria do insígne Desembargador Beretta da Silveira: *"Seria, realmente, a antítese da moralidade administrativa, do atendimento ao interesse público e da razoabilidade a aceitação, como prática válida e corriqueira, da inauguração de obra ainda por ser finalizada, ou de obra cuja serventia não possa ser experimentada pelos seus destinatários, o povo em geral."* (TJSP, Órgão Especial, ADI n.º 2278967-80.2019.8.26.0000, Relator: *Beretta da Silveira*, j. em 17 de junho de 2020,).

Nesse sentido, em caso assemelhado, manifestou-se este Egrégio Colegiado para reconhecer a validade desse tipo de norma restritiva que acaba por orientar a atuação do Administrador Público:

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Art. 2°, inc. III, da Lei 3.628, de 02 de maio de 2019, que 'veda a inauguração de obras públicas municipais incompletas, sem condições de atender aos fins que se destinam ou impossibilitadas de entrar em funcionamento imediato'. Dispositivo legal questionado que define como obras públicas impossibilitadas de entrar em funcionamento imediato 'aquelas para as quais haja impedimento legal, como não possuir Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros (AVCB), documento emitido pelo Corpo de Bombeiros da Polícia Militar do Estado de São Paulo'. Infringência ao princípio da Separação dos Poderes. Não configuração. Dispositivo que, assim como o diploma normativo no qual inserido, não apresenta vício de inconstitucionalidade, dando concretude aos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência na gestão dos bens públicos e na prática de atos administrativos pelo Poder Público. Evidente priorização de atendimento ao interesse público primário, destacando-se, no caso concreto, a necessidade de assegurar que somente obras certificadamente seguras e efetivamente úteis sejam inauguradas e, posteriormente, entregues à população. Inteligência dos arts. 37, da CF, e 111, da CE. Doutrina. Precedentes do STF e deste OE. Pedido julgado improcedente, revogada a liminar" (TJSP, Órgão Especial, ADI nº 2176142-58.2019.8.26.0000, Rel. Des. Márcio Bartoli, j. em 11.12.2019 V.M.).

Nesta senda, portanto, a lei objurgada encontra-se em compatibilidade com o ordenamento constitucional bandeirante, não havendo falar-se em inconstitucionalidade por vício de iniciativa.

Ante o exposto, julga-se improcedente a presente ação, para declarar a constitucionalidade da Lei n.º 5.669, de 19 de junho de 2023, do Município de Tremembé.

Acesso ao Sumário

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 9028262-94.2006.8.26.0000/50006, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, é agravado A.M.B.A.F.

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 39.296)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, RENATO RANGEL DESINANO, MELO BUENO e PAULO ALCIDES.

São Paulo, 10 de abril de 2024.

FERNANDO TORRES GARCIA, Presidente e Relator

Ementa: Agravo interno – Decisão que deferiu a penhora de créditos administrativos de titularidade do executado de origem hereditária, com exclusão das verbas de natureza salarial – Relativização da regra da impenhorabilidade prevista no § 2º do artigo 833 do Código de Processo Civil – Medida de caráter excepcional – Agravo não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Inconformado com o teor da decisão de fls. 1.903/1.906, integrada pela decisão dos embargos de declaração (fls. 1.934/1.935), que deferiu a penhora dos créditos administrativos de titularidade do executado de origem hereditária (relativos a seu genitor), até o limite do crédito exequendo, o Ministério Público do Estado de São Paulo ofereceu agravo interno.

Em síntese, sustenta o agravante ser possível a relativização da impenhorabilidade das verbas de natureza salarial para o pagamento de dívida não

alimentar, independentemente do montante recebido pelo devedor, devendo a penhora incidir também sobre o valor recebido pelo executado, em seu nome, decorrente do crédito administrativo denominado "Diferença de Subsídios 2005 a 2007", em percentual de 30% sobre o valor mensal pago.

Sem contraminuta (fls. 1.946).

É o relatório.

O reclamo recursal não merece acolhida.

Com efeito, conforme constou da decisão agravada, a relativização da regra da impenhorabilidade prevista no § 2º do artigo 833 do Código de Processo Civil, medida de caráter excepcional, deve ser ponderada na hipótese de inexistência de outros meios que garantam a efetividade da execução.

Nesse sentido o entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça:

> *"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA. PERCENTUAL DE VERBA SALARIAL. IMPENHORABILIDADE (ART. 833, IV e § 2º, CPC/2015). RELATIVIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL.*
>
> *1. O CPC de 2015 trata a impenhorabilidade como relativa, podendo ser mitigada à luz de um julgamento princípio lógico, mediante a ponderação dos princípios da menor onerosidade para o devedor e da efetividade da execução para o credor, ambos informados pela dignidade da pessoa humana.*
>
> *2. Admite-se a relativização da regra da impenhorabilidade das verbas de natureza salarial, independentemente da natureza da dívida a ser paga e do valor recebido pelo devedor, condicionada, apenas, a que a medida constritiva não comprometa a subsistência digna do devedor e de sua família.*
>
> *3. Essa relativização reveste-se de caráter excepcional e só deve ser feita quando restarem inviabilizados outros meios executórios que possam garantir a efetividade da execução e desde que avaliado concretamente o impacto da constrição na subsistência digna do devedor e de seus familiares.*
>
> *4.* ***Ao permitir, como regra geral, a mitigação da impenhorabilidade quando o devedor receber valores que excedam a 50 salários mínimos, o § 2º do art. 833 do CPC não proíbe que haja ponderação da regra nas hipóteses de não excederem*** (g.n.) *(EDcl nos EREsp n. 1.518.169/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe de 24.5.2019).*
>
> *5. Embargos de divergência conhecidos e providos."*
>
> (EREsp n. 1.874.222/DF, relator Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 19/4/2023, DJe de 24/5/2023.)

Acesso ao Sumário

In casu, o executado é titular de outros bens penhoráveis de origem não salarial, existindo créditos administrativos (recebidos por sucessão hereditária) suficientes para a garantia da satisfação do débito, cujo caráter alimentar deixou de existir em razão da transferência *causa mortis* ao executado, possibilitando sua penhora na integralidade.

Enfim, pelas razões expostas, prevalece a decisão atacada.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo interno.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental Cível nº 2297786-26.2023.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MESA DA CÂMARA MUNICIPAL DE NATIVIDADE DA SERRA, é agravado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE NATIVIDADE DA SERRA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.130)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, FIGUEIREDO GONÇALVES, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, EUVALDO CHAIB, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, ADEMIR BENEDITO e CAMPOS MELLO.

São Paulo, 6 de março de 2024.

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: Agravo interno – Decisão que denegou liminar em ação direta de inconstitucionalidade – Artigo 36, parágrafo 3º, inciso I, da Lei Orgânica Municipal que confere ao Prefeito a prerrogativa de convocar extraordinariamente a Câmara Municipal quando entender necessário – Ato normativo em vigor há mais de 30 (trinta) anos – *Periculum in mora* não

Acesso ao Sumário

configurado – Inexistência de elementos novos a fundamentar a reforma pretendida – Questões ventiladas no recurso que dizem respeito ao mérito da ação – Razões recursais insuficientes para alterar a posição perfilhada em juízo de cognição sumária – Ato judicial mantido – Recurso improvido.

VOTO

Agravo interno contra decisão do Relator, exarada às fls. 141/143, que denegou a liminar em ação direta de inconstitucionalidade.

A Mesa da Câmara Municipal sustenta, em síntese, que demonstrou a presença dos requisitos autorizadores da concessão da liminar na medida em que o *fumus boni iuris* se consubstancia na ofensa ao texto da Constituição Federal e da Carta Paulista, uma vez que a convocação da Câmara pelo chefe do Poder Executivo depende de urgência ou interesse público relevante, ao passo que o *periculum in mora* "está assentado no fato de que, tais convocações extraordinárias feitas deliberadamente, pela celeridade havida, dispensa de formalidades regimentais e, consequentemente, com a não análise detida pelos Edis, tem o condão de gerar a aprovação normas com efeitos nocivos à segurança jurídica local, com impacto direto na sociedade ou, na via de mão dupla, pode gerar a reprovação de normas que, de fato, há relevante interesse público e, da mesma forma, com efeitos perversos à sociedade Nativense" (fl. 08). Argumenta, em complementação, que o ato normativo impugnado tem sido usado para justificar constantes alterações no orçamento anual, criar cargos em comissão, reestruturar órgãos, entre outros, justificando-se a suspensão da norma objurgada também pelo fato de que a inobservância da convocação acarreta a extinção do mandato dos vereadores, nos termos do Decreto-Lei n.º 201/1967. Insistindo, por fim, que a matéria liminar não se confunde com o mérito da ação direta, busca a reconsideração da decisão agravada ou, subsidiariamente, o provimento do recurso.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo provimento do agravo interno (fls. 29/42).

Mantido o ato judicial combatido, os autos foram encaminhados à mesa para julgamento.

É o relatório.

Tenho para mim que a agravante não apresentou argumentos convincentes a evidenciar o desacerto da decisão agravada.

Com efeito, há que se considerar, no caso, o notório ajuizamento tardio da ação direta, pois trata-se de norma em vigor há mais de 30 (trinta) anos e que tem ao longo desse tempo gerado os seus naturais efeitos, cuja inconstitucionalidade só agora vem a ser questionada.

Acesso ao Sumário

Tal quadro, a meu ver, desautoriza reconhecer presente o *periculum in mora*, pressuposto indispensável à outorga de liminar.

Segundo o posicionamento sufragado pelo E. Supremo Tribunal Federal, "o tardio ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, quando já decorrido lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado, desautoriza – **não obstante o relevo jurídico da tese deduzida** – o reconhecimento da situação configuradora do *periculum in mora*, o que inviabiliza a concessão da medida cautelar postulada." (STF, ADI-MC n.º 534-DF, Rel. Min. Celso de Melo – grifei).

No mesmo sentido:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL Nº 5.206/2001, DO ESTADO DO PIAUÍ – EXAME DO PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR – PRETENDIDA APLICAÇÃO IMEDIATA DO ART. 10, § 3º, DA LEI Nº 9.868/99 – INDEFERIMENTO – INEXISTÊNCIA DA ALEGADA SITUAÇÃO DE URGÊNCIA – AJUIZAMENTO TARDIO DA AÇÃO DIRETA – AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DO PROVIMENTO LIMINAR – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO DE AGRAVO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO". (Plenário do STF, Ag.Reg. na Medida Cautelar na ADI n.º 2.674/PI, Rel. Min. Celso de Mello).
>
> "PROCESSO CONSTITUCIONAL. ADI. PRESSUPOSTOS PARA DEFERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS EM VIGOR HÁ MAIS DE 6 ANOS. AUSÊNCIA DE PERIGO NA DEMORA. PRECEDENTES. 1. Os dispositivos primeiramente impugnados pertencem à Lei Complementar nº 131, de 29.09.2010, do Estado do Paraná, e a presente ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada apenas este ano, após quase seis anos de vigência da lei. Ademais, a Lei Complementar nº 92, do mesmo Estado, e que poderia ser repristinada, é de 05.07.2002. Nestas circunstâncias, os argumentos apresentados pela requerente não se prestam a justificar o deferimento de medida cautelar, por ausência do *periculum in mora*, consoante jurisprudência desta Corte. Precedentes. 2. Liminar indeferida" (Medida Cautelar na ADI n.º 5.510/PR, Rel. Min. Roberto Barroso).

Bem por isso, a particularidade de se cuidar de diploma normativo em vigor há mais de três décadas desautoriza reconhecer o risco iminente de lesão injusta e de difícil reparação, a ser então, agora, evitado pela imediata supressão dos naturais efeitos da referida lei.

Vale lembrar que o deferimento de liminar pressupõe a presença, em concurso, de dois requisitos: a) a verossimilhança do direito alegado e b) o perigo da demora. O transcurso do longo prazo de vigência da norma atacada traduz indício relevante da inexistência do segundo requisito, que justifica o indeferimento da liminar.

Na verdade, há tempo suficiente para este C. Órgão Especial realizar o controle concentrado da constitucionalidade da lei atacada. Assim, em virtude da ausência, no caso concreto, de situação que se configure como de excep-

Acesso ao Sumário

cional urgência (art. 10, § 3º da Lei 9.868/99), impõe-se o desacolhimento do agravo regimental.

Paralelamente, o que pretende a agravante é discutir o mérito da causa, com o nítido intento de antecipar o julgamento da ação direta, finalidade que o agravo interno evidentemente não possui.

Cumpre destacar que em sede de agravo interno só se justifica a alteração de posicionamento quando o ato judicial combatido estiver eivado de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, o que aqui não se verificou, sendo oportuno registrar que a apreciação dos pressupostos legais para a concessão da liminar está inserida no prudente arbítrio e livre convencimento do Relator (Órgão Especial, Agravo Interno nº 2004925-39.2022.8.26.0000/50000, Rel. Des. Renato Sartorelli, j. 09/03/2022).

Nesse sentido:

> "AGRAVO INTERNO – INTERPOSIÇÃO DE DECISÃO DO RELATOR, DE DEFERIMENTO DE LIMINAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL Nº 6.192/2021 QUE DISPÕE SOBRE A OBRIGATORIEDADE DE PRESTAÇÃO DE SOCORRO AOS ANIMAIS ATROPELADOS NO ÂMBITO MUNICIPAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS – EXAME DOS REQUISITOS LEGAIS ATRELADO AO PRUDENTE ARBÍTRIO E LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO – REVOGAÇÃO DA LIMINAR CONDICIONADA A CONSTATAÇÃO DE FLAGRANTE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER – INOCORRÊNCIA – PRETENSÃO RECURSAL COM INTUITO DE ANTECIPAR O MÉRITO DA AÇÃO DIRETA – INADMISSIBILIDADE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO" (Agravo Interno n.º 2010724-63.2022.8.26.0000; Rel. Des. Matheus Fontes; j. 27/04/2022).

Demais disso, vale ressaltar que apenas ao ensejo do julgamento é que se terá uma posição definitiva sobre as questões jurídicas suscitadas na inicial da ação direta e em eventuais informações a serem prestadas pelo Prefeito. Logo, os temas relacionados ao próprio mérito da causa deverão aguardar a apreciação quando do julgamento definitivo pelo Colegiado.

Há de ser mantido, portanto, o ato judicial combatido que denegou a liminar pleiteada.

Ante o exposto, por esses fundamentos, nego provimento ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0003393-93.2024.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que

é suscitante 4ª TURMA CÍVEL DO COLÉGIO RECURSAL DE RIBEIRÃO PRETO, é suscitada 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. DÉCIO NOTARANGELI E OSWALDO LUIZ PALU.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 61 .994)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), FIGUEIREDO GONÇALVES, COSTABILE E SOLIMENE, LUIS FERNANDO NISHI, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, PAULO AYROSA, EUVALDO CHAIB, PAULO ALCIDES, FLAVIO ABRAMOVICI, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA e MATHEUS FONTES.

São Paulo, 28 de fevereiro de 2024.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DEMANDA ANULATÓRIA DE AUTOS DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. AÇÃO PROPOSTA CONTRA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA.
– Considerando que a requerida não se enquadra no rol taxativo de legitimados passivos previsto no inciso II do art. 5º da Lei 12.153/2009 (de 22-12), a competência para julgamento da demanda objeto é da justiça comum estadual e, em via de recurso, de Câmara da Seção de Direito Público deste Tribunal de Justiça. Conflito procedente. Afirmação da competência interna da eg. 9ª Câmara de Direito Público desta Corte para apreciar e decidir a espécie.

RELATÓRIO:

Desfiou conflito de competência a 4ª Turma Cível do Colégio Recursal de Ribeirão Preto (acórdão em *e*-págs. 250-4) diante de anterior acórdão (*e*-págs. 238-46) da 9ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça.

O conflito está posto em que a 9ª Câmara entende competente de modo absoluto o Colégio Recursal da Fazenda Pública de Ribeirão Preto, porquanto o

Acesso ao Sumário

valor atribuído à causa é inferior a 60 salários-mínimos (art. 2º da Lei 12.153, de 22-12-2009). Diversamente, a Turma suscitante argumenta que, embora o valor atribuído à demanda objeto seja inferior ao aludido teto legal, a requerida (Transerp – Empresa de Trânsito e Transporte Urbano de Ribeirão Preto S/A) é sociedade de economia mista e, portanto, pessoa jurídica de direito privado, não se enquadrando na lista taxativa do inciso II do art. 5º da mesma Lei 12.153/2009.

É o relatório do necessário.

VOTO:

1. Versam os autos referenciais ação ajuizada por Felipe Sakamoto Patelli contra a mencionada Transerp – Empresa de Trânsito e Transporte Urbano de Ribeirão Preto S/A, com o fim de anular os autos locais de infração 5D1072211, 5F6067821, 5D1009291, 5D0990481, 5D1032411 e 5C1785511.

A autora sustenta que a demandada não detém competência para praticar atos de poder de polícia, na medida em que é sociedade de economia mista. Aduz, outrossim, que cabe apenas à própria administração pública a prerrogativa de aplicar multas e sanções por infração à legislação de trânsito.

2. A matéria em debate é unicamente de direito e o valor atribuído à causa (R$ 1.117,43 – *e*-pág. 12) não ultrapassa o limite legal para julgar-se no âmbito dos juizados especiais.

Ocorre que a suplicada se constituiu sob a forma de **sociedade de economia mista** (cf. art. 1º da Lei local 3.734/1980, de 28-2: *"Fica o Poder Executivo autorizado a constituir, na Forma desta lei, sociedade por ações sob a denominação do TRANSERP – Empresa de Transporte Urbano de Ribeirão Preto S/A."*), vale dizer, **pessoa jurídica**, portanto, de **direito privado** (art. 4º da Lei 13.303, de 30-6-2016: *"Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta"*).

3. Dispõe o art. 5º da Lei 12.153/2009:

"Podem ser partes no Juizado Especial da Fazenda Pública:

(...)

II – como réus, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas."

Assim, considerando que a requerida não se enquadra no rol de legitimados passivos previsto no inciso II do art. 5º da mesma Lei 12.153, **a competência para o julgamento da demanda objeto é da justiça comum estadual e, em via recursória, de Câmara da Seção de Direito Público desta Corte**.

Neste mesmo sentido já decidiu este Órgão Especial em caso símile ao que ora se analisa:

"Conflito de competência. Ação declaratória para exclusão de multa de

Acesso ao Sumário

trânsito. Valor da causa que não supera 60 (sessenta) salários-mínimos. Ação ajuizada em face de Sociedade de Economia Mista, pessoa jurídica de direito privado que não integra o rol taxativo dos legitimados para figurar no polo passivo das ações que tramitam nos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Inteligência do art. 5º, II, da Lei 12.153/2009. Competência da Justiça Comum Estadual. Conflito procedente, para determinar a remessa dos autos a 13ª Câmara de Direito Público" (CC 0041359-95.2021, Des. CRISTINA ZUCCHI, j. 23-3-2022; cf. também AC 1035742-16.2017, Rel. Des. LUCIANA BRESCIANI, j. 15-6-2018).

POSTO ISSO, meu voto sugere que se julgue procedente este conflito, reconhecendo-se a competência da Câmara suscitada, qual seja, a col. 9ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0004128-29.2024.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é suscitante 4ª TURMA CÍVEL DO COLÉGIO RECURSAL DE RIBEIRÃO PRETO, é suscitada 11ª 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 11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. JARBAS GOMES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54319)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, FIGUEIREDO GONÇALVES, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, RENATO RANGEL DESINANO, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, PAULO ALCIDES, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS e VICO MAÑAS.

São Paulo, 13 de março de 2024.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: Conflito de competência. Ação declaratória para exclusão de multa de trânsito. Valor da causa

Acesso ao Sumário

que não supera 60 (sessenta) salários-mínimos. Ação ajuizada em face de Sociedade de Economia Mista, pessoa jurídica de direito privado que não integra o rol taxativo dos legitimados para figurar no polo passivo das ações que tramitam nos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Inteligência do art. 5º, II, da Lei 12.153/2009. Competência da Justiça Comum Estadual. Conflito procedente, para determinar a remessa dos autos a 11ª Câmara de Direito Público.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela C. 4ª Turma Cível do Colégio Recursal de Ribeirão Preto em face da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para processar e julgar apelação tirada nos autos de ação declaratória de nulidade de auto de infração de trânsito, ajuizada por Cleise Clementi em face de CET – Companhia de Engenharia de Tráfego de São Paulo.

Os autos foram distribuídos originariamente à C. 11ª Câmara de Direito Público, que declinou da competência, determinando a redistribuição dos autos ao Juizado Especial da Fazenda Pública, nos termos do que dispõe a Lei nº 12.153/09 (fls. 109/115).

Distribuídos os autos à C. 4ª Turma Cível do Colégio Recursal de Ribeirão Preto, esta declinou da competência, suscitando o presente conflito, alegando que não pode revisar decisão/sentença proferida por Juiz que não integra o sistema dos Juizados Especiais (fls. 119/123).

A D. Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo entendeu por não se manifestar (fls. 153/154).

É o relatório.

A presente ação foi distribuída em 22.05.2020, portanto, na vigência da Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

O art. 2º da referida lei estabelece a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, nos seguintes termos:

"É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos".

No vertente caso a ação, de fato, não ultrapassa o limite de 60 (sessenta) salários-mínimos, o que, a princípio, a enquadra nas hipóteses previstas na Lei 12.153/2009.

Acesso ao Sumário

Contudo, dispõe o art. 5º, inciso II, da Lei 12.153/2009 que:

"Art. 5º – **Podem ser partes** no Juizado Especial da Fazenda Pública:

I – como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006;

II – como réus, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas" (n/grifos).

No caso, não há dúvidas de que a ré CET Companhia de Engenharia de Tráfego de São Paulo é sociedade de economia mista, pessoa jurídica de direito privado e que, portanto, não integra o rol taxativo previsto no inciso II, do referido art. 5º, de sorte que o Juizado Especial da Fazenda Pública não tem competência absoluta para processar e julgar a presente demanda. Nesse contexto, é competente a Justiça Comum Estadual e, portanto, competente a Câmara Suscitada para julgamento. No mesmo sentido, este E. Tribunal de Justiça, assim julgou casos análogos: "Ementa: INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA – Juizado Especial da Fazenda Pública – Ação ajuizada contra a TRANSERP e o DETRAN – Valor da causa que não supera 60 (sessenta) salários mínimos – Descabimento, in casu – Ausência de previsão legal que possibilite a empresa de economia mista figurar no polo passivo de ação perante o JEFAZ - Inteligência do art. 5º, II, da Lei 12.153/2009 – Competência da Justiça Comum Estadual para julgamento – Preliminar rejeitada. ILEGITIMIDADE PASSIVA Ação declaratória de nulidade c.c. repetição de indébito Multas de trânsito Procedimento administrativo, instaurado pelo DETRAN, de cassação do direito de dirigir do apelado Legitimidade para figurar no polo passivo - Preliminar rejeitada. (...) APELAÇÃO DA TRANSERP – Aplicação de multa de trânsito por sociedade de economia mista – Poder de polícia – Delegação dos atos de fiscalização e sanção à pessoa jurídica de direito privado – Impossibilidade de delegação de ato sancionatório por ser este exclusivo do Estado, em virtude do poder de coerção do Poder Público (ius imperii) – Precedentes do C. STJ e do C. STF – R. sentença que anulou seis autos de infração de trânsito, sendo certo que três deles foram lavrados por policial militar, outros dois apurados por meio de radar eletrônico e um por agente civil – Nulidade da autuação que ensejou a instauração do procedimento de cassação da CNH do autor – Reforma parcial da r. sentença, neste particular – Recurso do DETRAN improvido e o da TRANSERP parcialmente provido" (Apelação nº 1017355-16.2018.8.26.0000, Rel. Des. Silvia Meirelles, j. 25.03.2021)

"Ementa: Conflito negativo de competência. Ação declaratória de obrigatoriedade de cobertura de despesas médicas por plano de saúde c.c. indenização por danos morais ajuizada por beneficiário do plano de saúde contra a Companhia de Engenharia de Tráfego – CET. Demanda originariamente distribuída ao Juízo da 1ª Vara do Juizado Especial Cível do Foro Regional de Pinheiros, que

Acesso ao Sumário

declinou da competência e determinou a remessa dos autos ao Juizado Especial da Fazenda Pública. Polo passivo da relação processual em que figura sociedade de economia mista, dotada de personalidade jurídica de direito privado. Rol taxativo do art. 5º, II, da Lei nº 12.153/2009. Impossibilidade de se demandar em face de sociedade de economia mista perante Juizado Especial da Fazenda Pública. Conflito conhecido. Competência do Juízo da 1ª Vara do Juizado Especial Cível do Foro Regional de Pinheiros" (CC nº 0022323-04.2020.8.26.0000, Rel. Des. Daniela Cilento Morsello, j. 29.09.2020)

"Ementa: Conflito de competência. Ação de ressarcimento de quantia paga ajuizada em face da Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (CETESB). Discussão que envolve a regularidade da cobrança da taxa de licenciamento prevista pelo Decreto n. 62.792/17. Natureza da relação jurídica que fundamenta a demanda que evidencia interesse público na matéria. Súmula 73 do TJSP. Declinação da competência ao MM. Juízo da Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública local. Impossibilidade. Sociedade de economia mista como única integrante do polo passivo da demanda. Hipótese não elencada pelo artigo 5º, inciso II, da lei nº 12.153/09. Conflito procedente para declarar a competência do MM. Juízo suscitado, da 5ª Vara da Fazenda Pública da Capital" (CC nº 0039081-92.2019.8.26.0000, Rel. Des. Lidia Conceição, j. 09.10.2019.)

"Ementa: Conflito negativo de competência – Juizado Especial da Fazenda Pública e Vara da Fazenda Pública – Pedido formulado contra sociedade de economia mista – Companhia de Engenharia de Tráfego (CET) – Natureza jurídica de direito privado – Inteligência do art. 4º, Lei 13.303/2016 – Impossibilidade de tramitação perante o Juizado Especial da Fazenda Pública – Rol taxativo do art. 5º, II, da Lei 12.153/2009 – Incompetência absoluta – Precedente da Câmara Especial – Conflito conhecido para declarar a competência da 12ª Vara da Fazenda Pública". (CC nº 2111276-41.2019.8.26.0000, Rel. Des. Fernando Torres Garcia, j. 24.07.2019.)

Outrossim, não poderia o Colégio Recursal apreciar sentença proferida por magistrado de primeiro grau que não atua nas funções do JEFAZ.

Em caso análogo, ao relatar o Conflito de Competência nº 0044080-88.2019.8.26.0000, o E. Desembargador Ricardo Anafe assim explanou:

"(...) Nessa toada, cumpre ressaltar que o recurso de apelação não poderia ter sido remetido diretamente ao Colégio Recursal, com o aproveitamento da sentença de mérito, em razão da impossibilidade de o órgão suscitante exercer a revisão de decisão proferida por juiz que não integra o Sistema dos Juizados Especiais.

(...)

Com efeito, não estando o juiz de primeiro grau investido das funções do Juizado Especial da Fazenda Pública, a Colenda 5ª Turma da Fazenda Pública do Colégio Recursal da Capital não detém competência recursal para o

Acesso ao Sumário

julgamento da apelação, nos termos do artigo 39 do provimento do Conselho Superior da Magistratura, CSM nº 2.203/2014, in verbis:

"Art. 39. O Colégio Recursal é o órgão de segundo grau de jurisdição do Sistema dos Juizados Especiais e tem competência para o julgamento de recursos cíveis, criminais e da Fazenda Pública oriundos de decisões proferidas pelos Juizados Especiais." (Artigo renumerado pelo Provimento nº 2.258/2015).

(...)"

Pelo exposto, julgo procedente o conflito, declarando-se a competência da 11ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça para o processamento e julgamento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0006426-91.2024.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é suscitante 4ª TURMA CÍVEL DO COLÉGIO RECURSAL DE RIBEIRÃO PRETO, é suscitada 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDA A EXMA. SRA. DESª. LUCIANA BRESCIANI.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 36553)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), NUEVO CAMPOS, RENATO RANGEL DESINANO, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, PAULO ALCIDES, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES, COSTABILE E SOLIMENE, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE e TASSO DUARTE DE MELO.

São Paulo, 3 de abril de 2024.

SILVIA ROCHA, Relatora

– Conflito de competência – Ação declaratória para anulação de multa por infração de trânsito c.c. repetição do indébito – Valor da causa não supera sessenta salários-mínimos – Ação proposta contra sociedade

Acesso ao Sumário

de economia mista, pessoa jurídica de direito privado que não integra o rol taxativo dos legitimados para figurar no polo passivo das ações que tramitam nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, conforme previsto no art. 5º, II, da Lei Federal nº 12.153/2009 – Competência da Justiça Comum Estadual – Competência da 2ª Câmara da Seção de Direito Público, para a qual havia sido originariamente distribuído o recurso – Conflito de competência procedente.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela Colenda 4ª Turma Cível do Colégio Recursal de Ribeirão Preto, figurando como suscitada a 2ª Câmara da Seção de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça, em recurso de apelação interposto pela ré Transerp Empresa de Trânsito e Transporte Urbano de Ribeirão Preto S.A., contra sentença proferida em "ação declaratória de nulidade de auto de infração de trânsito c.c. repetição do indébito", pela MMª Juíza de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Ribeirão Preto, que julgou o pedido procedente (fls. 137/152).

A ré apela pretendendo a anulação da sentença ou o julgamento de improcedência do pedido (fls. 155/168).

A apelação foi distribuída, livremente, em 2.3.2020, à C. 2ª Câmara da Seção de Direito Público (fl. 186) e o E. Relator sorteado, em decisão monocrática, declinou da sua competência, porque "o proveito econômico não supera 60 (sessenta) salários mínimos" e porque "Não é o caso de anulação da sentença, visto que, na ausência do Juizado Especial da Fazenda Pública na comarca de Ribeirão Preto, o trâmite se deu nos moldes do art. 8º, I, do Provimento CSM 2.203/2014. Embora se tenha adotado o rito comum, a competência para processar e julgar o recurso é da Turma Recursal do Sistema de Juizados Especiais, nos termos do art. 98, I, da CF, art. 45, § 1º, da Lei 9.099/95, art. 17 da Lei 12.153/09, art. 13 da LCE 851/98, e art. 35 do Provimento CSM 2.203/14. (...)" (fls. 187/192).

Acesso ao Sumário

O recurso foi, então, redistribuído à C. 4ª Turma Cível do Colégio Recursal de Ribeirão Preto (fl. 200 do processo nº 1016654-21.2019.8.26.0506, acessível conforme ofício de fl. 196 deste conflito de competência), que, por v. acórdão de 31.3.2022, suscitou este conflito de competência, observando que "A sociedade de economia mista, que é pessoa jurídica de direito privado, não pode ser ré no Juizado da Fazenda Pública. (...) Lado outro, a presente Turma Recursal não pode exercer a revisão de decisão/sentença proferida por juiz que não integra o Sistema dos Juizados Especiais. Com efeito, não estando o juiz de primeiro grau investido das funções do Juizado Especial da Fazenda Pública, a 4ª Turma Cível do Colégio Recursal de Ribeirão Preto não detém

competência recursal para o julgamento do presente recurso, a teor do disposto no artigo 39 do provimento do Conselho Superior da Magistratura, CSM nº 2.203/2014 (...)" (fls. 251/257 do processo nº 1016654-21.2019.8.26.0506, antes referido).

Somente em 26.2.2024, o presente conflito de competência foi distribuído a esta Relatora (fl. 197).

Dispensada a intervenção da Procuradoria Geral de Justiça, nos termos do art. 202 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça e do art. 951 e parágrafo único do Código de Processo Civil, ausentes as hipóteses do art. 178 do mesmo Código.

É o relatório.

No que interessa ao caso em exame, prevê a Lei Federal nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, que "Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.":

> Art. 2º É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.
> (...)
> Art. 5º
> Podem ser partes no Juizado Especial da Fazenda Pública:
> I – como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006;
> II – como réus, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas.

À causa foi dado o valor de R$ 1.000,00 (fl. 15), de modo que, de fato, não foi ultrapassado o limite de sessenta salários-mínimos e, em tese, a ação se enquadra nas hipóteses previstas no art. 2º da Lei nº 12.153/2009.

Ocorre que, de acordo com o art. 5º, II, da mesma Lei, podem ser partes no Juizado Especial da Fazenda Pública, "como réus, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas".

Além disso, o Enunciado nº 10 dos Juizados da Fazenda Pública, conforme minuta consolidada em 12.6.2018, dos Enunciados do Fórum de Juizados Especiais do Estado de São Paulo (FOJESP), estabelece: "10. As sociedades de economia mista não podem figurar no polo passivo dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.".

Na hipótese em análise, a ré Transerp Empresa de Trânsito e Transporte Urbano de Ribeirão Preto S.A. (atualmente denominada RP Mobi – Empresa de

Acesso ao Sumário

Mobilidade Urbana de Ribeirão Preto S.A.), é sociedade de economia mista ([1]), ou seja, pessoa jurídica de direito privado.

A ré, portanto, não integra o rol taxativo previsto no art. 5º, II, da Lei Federal nº 12.153/2009, de maneira que o Juizado Especial da Fazenda Pública não tem competência para processar e julgar a demanda nem, consequentemente, o Colégio Recursal tem competência para apreciar os recursos interpostos contra a sentença nela proferida.

De se ver, a propósito, que o art. 39 do Provimento CSM nº 2.203/2014 prevê que "O Colégio Recursal dos Juizados Especiais do Estado de São Paulo é competente para julgamento dos recursos, habeas corpus, revisões criminais, mandados de segurança, bem como outras ações que a lei lhe atribuir competência, relativos às decisões proferidas nos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e de Fazenda Pública de todas as Comarcas do Estado." (*g.n.*), mas não, observa-se, para o julgamento de recursos derivados de decisões proferidas por Varas da Fazenda Pública, como no caso em exame.

Assim sendo, a competência recursal toca à Justiça Comum Estadual e, portanto, competente para o julgamento da apelação é a suscitada, a C. 2ª Câmara da Seção de Direito Público, para a qual havia sido originariamente distribuído o recurso.

Nesse sentido, tem decidido reiteradamente o C. Órgão Especial deste Tribunal:

> "CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTOS DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO – AJUIZAMENTO EM FACE DA 'TRANSERP - EMPRESA DE TRÂNSITO E TRANSPORTE URBANO DE RIBEIRÃO PRETO S/A' – DISTRIBUIÇÃO DA DEMANDA JUNTO À 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE RIBEIRÃO PRETO, NA QUAL VEIO A SER JULGADA – 'TRANSERP' QUE CONSTITUI SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E, PORTANTO, NÃO SE INSERE NO ROL TAXATIVO DAQUELES QUE PODEM SER RÉUS NO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA, PREVISTO NO ARTIGO 5º, INCISO II, DA LEI Nº 12.153/2009, O QUE AFASTA A COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA PARA JULGAMENTO DA CAUSA E, EM CONSEQUÊNCIA, DO COLÉGIO RECURSAL PARA JULGAMENTO DO RECURSO – PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL – CONFLITO PROCEDENTE – COMPETÊNCIA DA 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, SUSCITADA." (Conflito de competência cível nº 0003632-97.2024.8.26.0000, rel. Des. Matheus Fontes, j. 28.2.2024)

> "CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DEMANDA ANULATÓRIA DE AUTOS DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. AÇÃO PROPOSTA CONTRA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. – Considerando que a requerida não se enquadra no rol taxativo de legitimados passivos previsto no inciso II do art. 5º da Lei 12.153/2009 (de 22-12), a competência para julgamento da demanda objeto é da justiça comum estadual e, em via

1 https://www.ribeiraopreto.sp.gov.br/portal/rpmobi/institucional

Acesso ao Sumário

de recurso, de Câmara da Seção de Direito Público deste Tribunal de Justiça. Conflito procedente. Afirmação da competência interna da eg. 9ª Câmara de Direito Público desta Corte para apreciar e decidir a espécie." (Conflito de competência cível nº 0003393-93.2024.8.26.0000, rel. Des. Ricardo Dip, j. 28.2.2024)

"Conflito de competência entre a 4ª Turma Cível do Colégio Recursal de Ribeirão Preto e a 13ª Câmara de Direito Público. Ação declaratória de nulidade de infração de trânsito ajuizada em face de sociedade de economia mista, pessoa jurídica que não integra o rol taxativo dos legitimados para figurar no polo passivo das ações que tramitam nos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Exegese do art. 5º, II, da Lei 12.153/2009. Conflito de competência procedente para declarar a competência da 13ª Câmara de Direito Público." (Conflito de competência cível nº 0004346-57.2024.8.26.0000, rel. Des. Gomes Varjão, j. 28.2.2024)

"COMPETÊNCIA. Conflito negativo entre Câmara de Direito Público e Turma Recursal do Juizado Especial da Fazenda Pública. Ação indenizatória. Em que pese ter sido atribuído à causa valor que não supera 60 salários mínimos, o fato de figurar sociedade de encomia [sic] mista no polo passivo da lide afasta a competência prevista na Lei Federal nº 12.153/2009. Inteligência do art. 5º, II, do referido diploma legal, bem como do teor do Enunciado 9, do (FOJESP – Juizados da Fazenda Pública. Exame da jurisprudência. CONFLITO PROCEDENTE PARA RECONHECER A COMPETÊNCIA DA 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO." (Conflito de competência cível nº 0009894-34.2022.8.26.0000, rel. Des. Jarbas Gomes, j. 1º.6.2022).

"Conflito de competência. Ação declaratória para exclusão de multa de trânsito. Valor da causa que não supera 60 (sessenta) salários-mínimos. Ação ajuizada em face de Sociedade de Economia Mista, pessoa jurídica de direito privado que não integra o rol taxativo dos legitimados para figurar no polo passivo das ações que tramitam nos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Inteligência do art. 5º, II, da Lei 12.153/2009. Competência da Justiça Comum Estadual. Conflito procedente, para determinar a remessa dos autos a 13ª Câmara de Direito Público." (Conflito de competência cível nº 0041359-95.2021.8.26.0000, rel. Desª Cristina Zucchi, j. 23.3.2022).

Assim também já decidiu a C. Câmara Especial deste Tribunal de Justiça, tratando de conflitos de competência entre Varas da Fazenda Pública e Varas do Juizado Especial da Fazenda Pública, precedentes que se adotam, por analogia, diante da pertinência com a hipótese em exame:

"Conflito negativo de competência – Juizado Especial da Fazenda Pública e Vara da Fazenda Pública – Pedido formulado contra sociedade de economia mista – Companhia de Engenharia de Tráfego (CET) – Natureza jurídica de direito privado – Inteligência do art. 4º, Lei 13.303/2016 – Impossibilidade de tramitação perante o Juizado Especial da Fazenda Pública – Rol taxativo do art. 5º, II, da Lei 12.153/2009 – Incompetência

Acesso ao Sumário

absoluta – Precedente da Câmara Especial – Conflito conhecido para declarar a competência da 12ª Vara da Fazenda Pública." (Conflito de competência cível nº 2111276-41.2019.8.26.0000, rel. Des. Fernando Torres Garcia – então Presidente da Seção de Direito Criminal, j. 24.7.2019);

"Conflito de competência. Ação de ressarcimento de quantia paga ajuizada em face da Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (CETESB). Discussão que envolve a regularidade da cobrança da taxa de licenciamento prevista pelo Decreto n. 62.792/17. Natureza da relação jurídica que fundamenta a demanda que evidencia interesse público na matéria. Súmula 73 do TJSP. Declinação da competência ao MM. Juízo da Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública local. Impossibilidade. Sociedade de economia mista como única integrante do polo passivo da demanda. Hipótese não elencada pelo artigo 5º, inciso II, da lei nº 12.153/09. Conflito procedente para declarar a competência do MM. Juízo suscitado, da 5ª Vara da Fazenda Pública da Capital." (Conflito de competência cível nº 0039081-92.2019.8.26.0000, rel. Desª Lídia Conceição, j. 9.10.2019);

"Conflito negativo de competência. Ação declaratória de obrigatoriedade de cobertura de despesas médicas por plano de saúde c.c. indenização por danos morais ajuizada por beneficiário do plano de saúde contra a Companhia de Engenharia de Tráfego - CET. Demanda originariamente distribuída ao Juízo da 1ª Vara do Juizado Especial Cível do Foro Regional de Pinheiros, que declinou da competência e determinou a remessa dos autos ao Juizado Especial da Fazenda Pública. Polo passivo da relação processual em que figura sociedade de economia mista, dotada de personalidade jurídica de direito privado. Rol taxativo do art. 5º, II, da Lei nº 12.153/2009. Impossibilidade de se demandar em face de sociedade de economia mista perante Juizado Especial da Fazenda Pública. Conflito conhecido. Competência do Juízo da 1ª Vara do Juizado Especial Cível do Foro Regional de Pinheiros." (Conflito de competência cível nº 0022323-04.2020.8.26.0000, rel. Desª Daniela Cilento Morsello, j. 29.9.2020).

Diante do exposto, julgo procedente o conflito de competência, para fixar a competência da suscitada, a C. 2ª Câmara da Seção de Direito Público deste Tribunal, para processamento e julgamento da apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0003843-36.2024.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é suscitante 4ª TURMA CÍVEL DO COLÉGIO RECURSAL DE RIBEIRÃO PRETO, é suscitada 13ª 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 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. DAMIÃO COGAN.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.128)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), GOMES VARJÃO, PAULO ALCIDES, BERETTA DA SILVEIRA, XAVIER DE AQUINO, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA e CARLOS MONNERAT.

São Paulo, 24 de abril de 2024.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação declaratória de nulidade de auto de infração ajuizada em face de sociedade de economia mista (TRANSERP - Empresa de Trânsito e Transporte Urbano de Ribeirão Preto S.A) – Sentença de procedência – Recurso da ré, distribuído inicialmente à C. 13ª Câmara de Direito Público, que declinou da competência em razão da competência absoluta dos Juizados Especiais da Fazenda Pública para julgar causas de valor inferior a 60 salários mínimos (art. 2º, caput, Lei 12.153/09) – Redistribuição do recurso à C. 4ª Turma Cível do Colégio Recursal de Ribeirão Preto, que suscitou o conflito de competência – Rol taxativo do art. 5º, II, da Lei 12.153/09 – Impossibilidade de sociedade de economia mista figurar no polo passivo no Juizado Especial da Fazenda Pública – Competência do Colégio Recursal dos Juizados Especiais que se restringe ao exame de recursos interpostos contra decisões proferidas nos Juizados Especiais, não abrangendo decisões proferidas por Varas da Fazenda Pública, como no caso em análise – Competência da C. 13ª Câmara de Direito Público – CONFLITO DE COMPETÊNCIA PROCEDENTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 4ª Turma Cível do Colégio Recursal de Ribeirão Preto, figurando como suscitada a 13ª Câmara da Seção de Direito Público deste E. Tribunal, em recurso de apelação interposto pela ré TRANSERP - EMPRESA DE TRÂNSITO E TRANSPORTE URBANO DE RIBEIRÃO PRETO S.A contra sentença de procedência proferida em *"ação declaratória de nulidade de infração de trânsito"* pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Ribeirão Preto (fls. 130/135).

A apelação foi distribuída livremente à C. 13ª Câmara da Seção de Direito Público (fl. 163), que declinou da competência em razão da competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública para julgar causas com valor inferior a 60 salários mínimos (fls. 166/171).

O recurso foi, então, redistribuído à C. 4ª Turma Cível do Colégio Recursal de Ribeirão Preto, que suscitou este conflito de competência (fls. 175/192).

A D. Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo entendeu pela desnecessidade de intervenção (fls. 204/206).

É o relatório.

De fato, a Lei nº 12.153/2009, que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública, prevê a competência absoluta destes para processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos (art. 2º).

Contudo, a mesma lei prevê um rol de legitimados que podem ser partes no Juizado Especial da Fazenda Pública.

Confira-se:

> *"Art. 5º Podem ser partes no Juizado Especial da Fazenda Pública:*
>
> *I – como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006;*
>
> *II – como réus, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas."* (grifo nosso)

No caso em tela, ainda que o valor da causa seja inferior a 60 salários mínimos (R$ 1.000,00), o que justificaria a competência absoluta do JEFAZ, verifica-se que a ré TRANSERP EMPRESA DE TRÂNSITO E TRANSPORTE URBANO DE RIBEIRÃO PRETO S.A. trata-se de sociedade de economia mista[1], que não integra o rol taxativo previsto no art. 5º da Lei 12.153/2009.

Diante disto, tem-se que o Juizado Especial da Fazenda Pública não tem competência para processar e julgar o feito.

Por conseguinte, o Colégio Recursal não tem competência para apreciar os recursos interpostos contra a sentença proferida nesta demanda.

1 Disponível em: https://www.ribeiraopreto.sp.gov.br/portal/pdf/rpmobi24202402.pdf

Acesso ao Sumário

Importante destacar, ainda, que a competência do Colégio Recursal dos Juizados Especiais do Estado de São Paulo restringe-se ao exame de recursos e outras ações referentes às decisões proferidas nos Juizados Especiais, não abrangendo o julgamento de recursos derivados de decisões proferidas por Varas da Fazenda Pública, como no caso em análise (art. 39 do Provimento CSM nº 2.203/2014[2]).

Nesse cenário, tem-se que a competência recursal é mesmo da C. 13ª Câmara da Seção de Direito Público.

Em casos análogos, assim já decidiu este C. Órgão Especial:

"Conflito de competência. Ação declaratória para exclusão de multa de trânsito. Valor da causa que não supera 60 (sessenta) salários-mínimos. Ação ajuizada em face de Sociedade de Economia Mista, pessoa jurídica de direito privado que não integra o rol taxativo dos legitimados para figurar no polo passivo das ações que tramitam nos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Inteligência do art. 5º, II, da Lei 12.153/2009. Competência da Justiça Comum Estadual. Conflito procedente, para determinar a remessa dos autos a 11ª Câmara de Direito Público." (TJSP; Conflito de competência cível 0004128-29.2024.8.26.0000; Relator: Ademir Benedito; Órgão Julgador: Órgão Especial; Data do Julgamento: 13/03/2024)

"Conflito de Competência – Ação declaratória de nulidade de auto de infração ajuizada em face de sociedade de economia mista (Transerp) – Demanda inicialmente distribuída à C. 11ª Câmara de Direito Público, que declinou da competência em razão do valor atribuído à causa – Feito redistribuído à C. 4ª Turma Cível do Colégio Recursal de Ribeirão Preto que suscitou o presente conflito, com fundamento na incompetência por se tratar de sociedade de economia mista no polo passivo – Inteligência do art. 5º, II, da Lei 12.153/09 – Conflito conhecido para declarar competente a C. 11ª Câmara de Direito Público, suscitada." (TJSP; Conflito de competência cível 0003818-23.2024.8.26.0000; Relatora: Luciana Bresciani; Órgão Julgador: Órgão Especial; Data do Julgamento: 06/03/2024)

"Conflito de competência – Ação declaratória para anulação de multa por infração de trânsito – Valor da causa não supera sessenta salários-mínimos – Ação proposta contra sociedade de economia mista, pessoa jurídica de direito privado que não integra o rol taxativo dos legitimados para figurar no polo passivo das ações que tramitam nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, conforme previsto no art. 5º, II, da Lei Federal nº 12.153/2009 – Competência da Justiça Comum Estadual – Competência da 13ª Câmara da Seção de Direito Público, para a qual havia sido originariamente distribuído o recurso – Conflito de competência procedente." (TJSP; Conflito de competência cível 0004130-96.2024.8.26.0000; Relatora: Silvia Rocha; Órgão Julgador: Órgão Es-

Acesso ao Sumário

2 "Art. 39. O Colégio Recursal é o órgão de segundo grau de jurisdição do Sistema dos Juizados Especiais e tem competência para o julgamento de recursos cíveis, criminais e da Fazenda Pública oriundos de decisões proferidas pelos Juizados Especiais." (Artigo renumerado pelo Provimento nº 2258/2015)

pecial; Data do Julgamento: 06/03/2024)

"VOTO Nº 39593 CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Apelação. Inexigibilidade. Multa de trânsito. Pretensão deduzida em face de sociedade de economia mista. Incompetência do Juizado Especial da Fazenda Pública. Inteligência do art. 5º, inc. II, da Lei n.º 12.153/09. Valor da causa. Irrelevância. Competência da Seção de Direito Público. Exegese do art. 3º, Item I.2, da Resolução n.º 623/13 deste E. Tribunal. Precedente deste C. Órgão Especial. Competência da C. 2ª Câmara de Direito Público, ora suscitada. Conflito de competência procedente." (TJSP; Conflito de competência cível 0004022-67.2024.8.26.0000; Relator: Tasso Duarte de Melo; Órgão Julgador: Órgão Especial; Data do Julgamento: 06/03/2024)

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTOS DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO – AJUIZAMENTO EM FACE DA 'TRANSERP - EMPRESA DE TRÂNSITO E TRANSPORTE URBANO DE RIBEIRÃO PRETO S/A' – DISTRIBUIÇÃO DA DEMANDA JUNTO À 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE RIBEIRÃO PRETO, NA QUAL VEIO A SER JULGADA – 'TRANSERP' QUE CONSTITUI SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E, PORTANTO, NÃO SE INSERE NO ROL TAXATIVO DAQUELES QUE PODEM SER RÉUS NO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA, PREVISTO NO ARTIGO 5º, INCISO II, DA LEI Nº 12.153/2009, O QUE AFASTA A COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA PARA JULGAMENTO DA CAUSA E, EM CONSEQUÊNCIA, DO COLÉGIO RECURSAL PARA JULGAMENTO DO RECURSO – PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL – CONFLITO PROCEDENTE – COMPETÊNCIA DA 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, SUSCITADA." (TJSP; Conflito de competência cível 0003632-97.2024.8.26.0000; Relator: Matheus Fontes; Órgão Julgador: Órgão Especial; Data do Julgamento: 28/02/2024)

"Conflito de competência entre a 4ª Turma Cível do Colégio Recursal de Ribeirão Preto e a 13ª Câmara de Direito Público. Ação declaratória de nulidade de infração de trânsito ajuizada em face de sociedade de economia mista, pessoa jurídica que não integra o rol taxativo dos legitimados para figurar no polo passivo das ações que tramitam nos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Exegese do art. 5º, II, da Lei 12.153/2009. Conflito de competência procedente para declarar a competência da 13ª Câmara de Direito Público." (TJSP; Conflito de competência cível 0004346-57.2024.8.26.0000; Relator: Gomes Varjão; Órgão Julgador: Órgão Especial; Data do Julgamento: 28/02/2024)

Ante o exposto, julgo procedente o conflito de competência, para fixar a competência da C. 13ª Câmara da Seção de Direito Público deste Tribunal para processar e julgar o recurso de apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2016200-14.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes (...) e paciente C.D.B., é impetrado(a) (...).

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 51.778)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), CARLOS MONNERAT, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, EUVALDO CHAIB, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, FIGUEIREDO GONÇALVES, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO e SILVIA ROCHA.

São Paulo, 6 de março de 2024.

NUEVO CAMPOS, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – IMPORTUNAÇÃO SEXUAL – PLEITO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO, NOS TERMOS DO ART. 89, DA LEI 9.099/95 – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NA RECUSA MOTIVADA DO TITULAR DA AÇÃO PENAL – ORDEM DENEGADA.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ordem de *HABEAS CORPUS*, com pedido de liminar, impetrada por (...), (...) e (...), advogados, em favor de C.D.B.

Pugnam, em suma, seja determinado que o Ministério Público realize nova avaliação em relação à possibilidade de oferecimento de suspensão condicional do processo, ao paciente, nos termos do art. 89, da Lei 9.099/95, nos autos do Processo Crime (...), em curso perante o R. Juízo da 22ª Vara Criminal do Foro Central Criminal de São Paulo, em que o paciente está sendo, criminalmente, processado como incurso no art. 215-A, por fato ocorrido em (...).

Acesso ao Sumário

Buscam, liminarmente, a suspensão do andamento do processo crime até julgamento de mérito da presente ordem.

Sustentam, a propósito, que estão presentes os requisitos previstos no art. 89, da Lei 9.099/95, e no art. 77, do Cód. Penal.

Sustentam, ainda, inexistir óbice legislativo à propositura do *sursis* processual nos casos de imputação de crime de natureza sexual, sendo ilegal aplicar a analogia no que diz respeito a normas penais que limitem ou restrinjam a liberdade do acusado, como no caso em tela, em que o ato impugnado teve como fundamento o disposto no inciso IV do § 2º do artigo 28-A do Cód. de Proc. Penal.

Sustentam, inclusive, que a conduta imputada ao paciente não se subsume às normas penais que incriminam violência doméstica.

Sustentam, ademais, que o Ministério Público apresentou proposta de suspensão condicional do processo em diversas ações em trâmite perante o mesmo R. Juízo da 22ª Vara Criminal da Capital, versando condutas praticadas em desfavor de mulheres mais gravosas que à imputada ao paciente.

O paciente está sendo acusado da prática do delito de importunação sexual, que teria ocorrido em (...).

A denúncia foi oferecida em 5/10/2023 (fls. 26/28).

Na cota de oferecimento da denúncia, com fundamento no art. 28-A, § 2º, IV, do Cód. de Proc. Penal, o Ministério Público fundamentou que deixaria de formular proposta de acordo de não persecução penal (fls. 24/25).

Na sequência, a defesa requereu, ao Ministério Público, formulação de proposta de suspensão condicional do processo, o que foi recusado pela D. Promotora de Justiça oficiante, com fundamento no art. 28-A, § 2º, IV, do Cód. de Proc. Penal (fls. 61/63).

Observou, além disso, a D. Promotora de Justiça, que a formulação de proposta de *sursis* processual é uma faculdade do órgão ministerial.

Em seguida, a pedido da defesa, os autos foram remetidos à D. Procuradoria-Geral de Justiça, nos termos do art. 28, do Cód. de Proc. Penal, que insistiu na recusa de formulação de proposta de suspensão condicional do processo, restituindo os autos ao R. Juízo de origem para prosseguimento da ação penal (fls. 19/22).

Audiência de instrução, interrogatório, debates e julgamento foi designada para 12/3/2024 (fls. 82).

A liminar foi indeferida (fls. 84/87).

A D. Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 93/96).

É, em síntese, o relatório.

Impõe-se a denegação da ordem.

Importa considerar, de início, a inexistência de demonstração de qualquer circunstância que pudesse conferir contornos de ilegalidade à situação do

Acesso ao Sumário

paciente, de modo a justificar o reconhecimento de coação ilegal, nos termos do art. 648, do Cód. de Proc. Penal.

Há que se considerar, quanto à oferta de proposta de suspensão condicional do processo, que não está demonstrada, de plano, ilegalidade na recusa do titular da ação penal.

Importa considerar, a propósito, que o não oferecimento da suspensão condicional do processo, pelo órgão do Ministério Público de primeiro grau e pelo D. Procurador-Geral de Justiça, foi devidamente motivada (fls. 19/22 e 61/63).

Insta consignar, neste sentido, que não se trata de direito subjetivo do réu, pois a oferta de proposta, nos termos do art. 89, da Lei 9.099/95, constitui ato discricionário, cuja natureza é incompatível com o reconhecimento de direito subjetivo por parte do interessado no benefício.

Oportuno observar, ainda, a possível correlação do fato em tela com outros semelhantes.

No que tange à questão de gênero, como bem anotado nas informações prestadas pelo D. Procurador-Geral de Justiça, o crime imputado ao paciente possui inequívoca violência de gênero, caracterizada pela coisificação da mulher.

Nesse sentido, já decidiu este Colendo Órgão Especial:

> "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 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." (HC 2045683-26.2023.8.26.0000, Rel. Des. James Siano, j. em 3/5/2023).

Assim, considerados os estreitos limites desta via jurisdicional, por en-

Acesso ao Sumário

contrar suporte legal, doutrinário e jurisprudencial, o ato atacado não enseja a caracterização de coação ilegal, ou seja, não pode ser tida como flagrantemente ilegal ou teratológica.

Não se vislumbra, assim, ilegalidade a ser corrigida por meio da presente impetração.

Face ao exposto, meu voto denega a presente impetração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2010534-32.2024.8.26.0000, da Comarca de São Vicente, em que é impetrante (...) e paciente H.T.S., são impetrados DELEGADO GERAL DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO, COMANDANTE GERAL DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO e MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL DA COMARCA DE SÃO VICENTE.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.829)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, EUVALDO CHAIB, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, FIGUEIREDO GONÇALVES, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI e JARBAS GOMES.

São Paulo, 6 de março de 2024.

MARCIA DALLA DÉA BARONE, Relatora

Ementa: Habeas Corpus – Paciente portador de transtorno de insônia e ansiedade, além de dores nas costas, estresse e sinusite alérgica de repetição (CID 10-G47), tendo sido prescrito o uso de medicamento "neurogan extrato full spectrum rico em CBD 2000 mg/30ml" (extrato de Cannabis) – Pretensão de obter salvo conduto para o cultivo da canabbis sativa em sua residência, dado o alto custo para a sua importa-

Acesso ao Sumário

ção – Apontados o Delegado Geral da Polícia Civil do Estado de São Paulo, Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de São Paulo e o MM. Juiz de Direito da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de São Vicente como autoridades coatoras – Ilegitimidade Passiva verificada – Risco de prisão do paciente por cultivo ilegal de substância psicotrópica dependeria de ato de Delegado de Polícia e não das autoridades indicadas – Ausência de ato ilegal imputável àquela autoridade – Inadequação da via eleita – Utilização do remédio constitucional como sucedâneo recursal – Ordem não conhecida.

VOTO

Vistos,

Cuida-se de "habeas corpus" preventivo impetrado por (...) em favor de H.T.S. em face do Delegado Geral da Polícia Civil do Estado de São Paulo, Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de São Paulo e MM. Juiz de Direito da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de São Vicente.

Narra, em apertada síntese, ser portador de transtorno de insônia e ansiedade desde sua adolescência, além de dores nas costas, estresse e sinusite alérgica de repetição (CID 10-G47), tendo feito uso de medicamentos alopáticos para o tratamento deste quadro, porém sem sucesso. Alega que, devido ao seu quadro de saúde, o médico que o acompanha prescreveu o uso do medicamento "neurogan extrato full spectrum rico em CBD 2000 mg/30ml" (extrato de Cannabis), o que tem surtido melhora em sua saúde. Argumenta que, dada a dificuldade na importação regular de referido medicamento, além dos custos extremamente elevados, deseja plantar, cultivar e extrair o extrato da Cannabis para fins medicinais, motivo pelo qual impetrou "habeas corpus" junto ao Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca da São Vicente-SP, tendo obtido parecer favorável do Ministério Público local, mas narra que foi proferida sentença do juízo reconhecendo sua incompetência para julgamento do remédio constitucional. Neste contexto, acredita que este E. Tribunal de Justiça de São Paulo seja competente para apreciar o feito e conceder "salvo conduto, a fim de garantir acesso a tratamento de saúde ao paciente, possibilitando, assim, o cultivo e a extração de cannabis sativa para fins medicinais, limitados a 100 (cem) a 150 (cento e cinquenta) mudas de cannabis sativa ao ano, de 25 (vinte e cinco) a 35 (trinta e cinco) por trimestre, consideradas as perdas durante o ciclo de vegetação, floração e colheita, com validade indeterminada enquanto perdurar o tratamento de saúde".

A decisão inicial indeferiu o pleito liminar (fls. 70/71).

Acesso ao Sumário

Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça pela extinção do processo sem julgamento do mérito ante o reconhecimento da ilegitimidade passiva dos impetrados. Aduz que o Delegado Geral de Polícia não possui foro por prerrogativa de função neste E. Tribunal de Justiça de São Paulo, já que foi declarada a inconstitucionalidade da expressão "o Delegado Geral da Polícia Civil" contida no inciso II do artigo 74 da Constituição do Estado de São Paulo. Sustenta a ilegitimidade passiva do Comandante Geral da Polícia Militar e do Delegado Geral de Polícia do Estado de São Paulo, uma vez que eventual auto de prisão em flagrante por cultivo da cannabis sativa, seria lavrado por Delegado de Polícia, que não detêm prerrogativa de foro neste Col. Órgão Especial. Salienta, ainda, haver inadequação da via eleita, uma vez que o *habeas corpus* não se presta como instrumento para autorizar o cultivo da *canabbis sativa* por via transversa, sob pena de invasão nas atribuições das autoridades sanitárias. Observa, ainda, a inexistência de decisão de mérito proferida pelo Juízo de São Vicente que justifique a sua inclusão no polo passivo. Quanto ao mérito, opina pela denegação da ordem.

É o relatório.

O presente *habeas corpus* não comporta conhecimento.

A pretensão do impetrante se volta contra o Delegado Geral da Polícia Civil, Comandante Geral da Polícia Militar e MM. Juiz de Direito da Vara do Juizado Especial Criminal da Comarca de São Vicente.

Em relação à primeira autoridade impetrada, o Delegado Geral da Polícia Civil do Estado, tem-se que, como anotado pelo *Parquet*, não obstante tenha sido reconhecida a inconstitucionalidade da expressão "o Delegado-Geral da Polícia Civil", do inciso II do artigo 74 da Constituição do Estado de São Paulo no julgamento da ADI 5.591-SP, de relatoria da Min. Cármen Lúcia, tem-se que referida expressão foi reinserida no texto constitucional estadual através da Emenda Constitucional 51/2022, estando então vigente.

Todavia, o risco alegado pelo impetrante de prisão em flagrante por cultivo de plantas que constituam matéria-prima para a preparação de drogas, conduta tipificada pelo artigo 33, § 1º, inciso II da Lei 11.343/2006, dependeria de ato de Delegado de Polícia e não das autoridades incluídas no polo passivo do presente remédio constitucional.

Acesso ao Sumário

Neste contexto, inelutável que a competência não seria deste Colegiado, mas de uma das Câmaras Criminais da Seção de Direito Criminal desta Corte Bandeirante, nos exatos termos do artigo 247 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual estabelece, *verbis*:

> Art. 247. Compete às Câmaras Civis e Criminais, conforme a natureza da matéria, processar e julgar os habeas corpus impetrados contra atos de juízes de primeira instância, membros do Ministério Público e outras autoridades, ressalvada a competência do Órgão Especial.

Para reforçar a presente tese, colaciona-se, ainda precedente do Col. Su-

perior Tribunal de Justiça:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. PEDIDO DE SALVO CONDUTO PARA CULTIVO, USO, PORTE E PRODUÇÃO ARTESANAL DA CANNABIS (MACONHA) PARA FINS MEDICINAIS. ALEGAÇÃO DE JUSTO RECEIO DE SOFRER RESTRIÇÃO NO DIREITO DE IR E VIR. NARRATIVA QUE APONTA A POSSIBILIDADE DE AUTORIDADES POLICIAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO PRATICAREM COAÇÃO CONTRA A LIBERDADE DEAMBULATORIAL DOS PACIENTES. (...) COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. (...) O núcleo da controvérsia consiste em definir a competência para prestar jurisdição na hipótese habeas corpus preventivo para viabilizar o plantio de maconha para fins medicinais. Os impetrantes objetivam ordem de salvo conduto para que os pacientes possam cultivar artesanalmente a planta Canabis Sativa L, bem como usá-la e portá-la dentro do território nacional para fins terapêuticos
>
> 3. Da leitura da inicial do habeas corpus impetrado em favor dos pacientes extrai-se que autoridades estaduais foram apontadas como coatoras, quais sejam: o Delegado Geral da Polícia Civil de São Paulo e o Comandante Geral da Polícia Militar de São Paulo. Destarte, as autoridades estaduais apontadas como coatoras, por si só, já definem a competência do primeiro grau da Justiça Estadual. (...) Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Estadual. **(CC n. 171.206/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 10/6/2020, DJe de 16/6/2020.)**

E, ainda, da Col. 13ª Câmara de Direito Criminal deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

> Habeas corpus preventivo – Associação que busca a obtenção de salvo-conduto a seus associados (3.400 pessoas), para que possa cultivar em sua propriedade a cannabis sativa para posterior fabricação de medicamentos a serem por eles utilizados – Indicação como autoridade coatora das pessoas do Delegado Geral de Polícia, Comandante Geral da Polícia Militar e Secretário da Segurança Pública – Competência que recai sobre esta Câmara Comum, vez que o Delegado Geral de Polícia e o Comandante Geral da PM não possuem prerrogativa de função – Inexistência de ato praticado pelo Secretário Estadual de Segurança Pública – Tutela preventiva que não comporta concessão – Habeas corpus coletivo que se revela genérico, de modo que a indeterminação do número de supostos pacientes impede a concessão de tutela preventiva por essa via eleita, sendo que ainda não seria possível haver fiscalização e controle pelos órgãos competentes da atividade que se pretende, tais como Agência de Vigilância Sanitária (Anvisa) e seus congêneres – Inexistência de justa causa a autorizar a concessão de salvo-conduto – Ordem denegada.
>
> **(TJSP; Habeas Corpus Criminal 2083752-30.2023.8.26.0000; Relator(a): J.E.S. Bittencourt Rodrigues; Órgão Julgador: 13ª Câmara de**

Acesso ao Sumário

Direito Criminal; Foro de Marília – 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 19/06/2023; Data de Registro: 19/06/2023)

É possível adotar o mesmo raciocínio utilizado por este Col. Órgão Especial para julgar extintos os "Habeas corpus" impetrados em face do Secretário de Segurança Pública, com efeito:

HABEAS CORPUS. Porte de Trânsito de Arma de Fogo. Reconhecida a ilegitimidade do Secretário de Segurança Pública do Estado para figurar no polo passivo da impetração destinada a contornar o impacto de texto normativo de envergadura federal válido e eficaz (Decreto nº 11.366/2023). Inteligência dos artigos 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal e 647 do Código de Processo Penal. Exame da jurisprudência. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA.

(TJSP; Habeas Corpus Criminal 0004774-73.2023.8.26.0000; Relator(a): Jarbas Gomes; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Itanhaém – 3ª Vara; Data do Julgamento: 21/06/2023; Data de Registro: 23/06/2023)

HABEAS CORPUS PREVENTIVO – PORTE DE ARMAS DE FOGO – CAC'S – Impetrante que busca obter salvo conduto para portar armas de fogo, com a dispensa de vistoria e fiscalização por agentes de segurança – Impetração contra o Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo – Ilegitimidade passiva constatada – Ausência de ato ilegal e concreto praticado pela autoridade – Pretensão genérica que sequer descreve ação ou omissão da autoridade impetrada – Ademais, inadequação da via eleita, manejada com vistas à obtenção de autorização ao porte de armas – Precedentes – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(TJSP; Habeas Corpus Criminal 2304610-35.2022.8.26.0000; Relator(a): Luis Fernando Nishi; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Unificado – N/A; Data do Julgamento: 17/05/2023; Data de Registro: 22/05/2023)

Habeas Corpus. CAC's. Pretensão a um salvo conduto para portar armas, desobrigado de vistoria e fiscalização dos agentes de segurança. Ordem impetrada contra Secretário de Segurança Pública do estado de São Paulo. Ilegitimidade Passiva. Inexistência de qualquer ato ilegal imputável àquela autoridade. Autoridade coatora há de ser a pessoa que ordena ou omite prática do ato impugnado e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução. Ordem não conhecida.

(TJSP; Habeas Corpus Criminal 2276243-98.2022.8.26.0000; Relator(a): Costabile e Solimene; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 14/12/2022; Data de Registro: 16/12/2022);

Habeas Corpus Preventivo. Impetração em favor de guarda civil municipal de Espírito Santo do Pinhal. Pretensão de obter salvo conduto para porte de arma da corporação ou particular. Autoridade coatora. Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo. Ilegitimidade passiva. Reconhecimento. Insurgência contra norma legal. Artigo 6º, inciso IV, da

Acesso ao Sumário

Lei nº 10.826/2003. Ausência de ameaça direta à liberdade de locomoção. Inadequação da via eleita. Inexistência ademais de ilegalidade ou abuso de poder. Precedentes. Ordem não conhecida.
(TJSP; Habeas Corpus Criminal 0016184-65.2022.8.26.0000; Relator(a): Aroldo Viotti; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Espírito Santo do Pinhal – 1ª Vara; Data do Julgamento: 31/08/2022; Data de Registro: 01/09/2022)

Assim, o Delegado-Geral da Polícia Civil e o Comandante Geral da Polícia Militar são partes ilegítimas para figurar no polo passivo do presente *habeas corpus*.

Por outro lado, tem-se que a impetração busca a revisão da decisão proferida pelo MM. Juízo do Juizado Especial Criminal da Comarca de São Vicente -SP, que não conheceu do pedido ante o reconhecimento de sua incompetência para apreciar o feito.

Embora não se negue a amplitude conferida ao *habeas corpus*, compreendido como remédio para assegurar a liberdade individual, tem-se que não pode ser utilizado de forma indiscriminada, sobretudo em hipóteses como a presente que o direito de ir e vir do paciente não esteja realmente ameaçado. Tampouco deve ser impetrado como sucedâneo recursal de sentença que sequer apreciou o mérito da questão posta em juízo.

A este respeito, a impetração de *habeas corpus* em substituição a recurso adequado não deve ser admitida, salvo em casos excepcionais em que haja flagrante ilegalidade, o que não é a hipótese em questão.

Com efeito, colaciona-se trecho de acórdão de relatoria do DD. Pinheiro Franco, nos autos do *habeas corpus* n. 2329925-31.2023.8.26.0000:

"A impetração busca, de fato, a revisão da decisão que denegou a ordem de habeas corpus impetrado com vistas a assegurar ao paciente o direito de livremente cultivar, usar, portar e produzir artesanalmente a cannabis sativa para fins medicinais (auto de nº 1011831-82.2023.8.26.0079).
A despeito da maior amplitude que hoje se dá ao Habeas Corpus, cabível como instrumento assecuratório da liberdade individual, o fato objetivo é que ele não pode servir indiscriminadamente para o exame de toda e qualquer situação fático-jurídica, mormente quando o direito de ir e vir não estiver diretamente sob risco, como no caso dos autos, em que o paciente teve sua autorização para o plantio e cultivo do canabidiol negada (conforme se depreende das informações prestadas pelo r. Juízo às páginas 51/52), buscando-se, na verdade, um sucedâneo recursal à decisão que denegou o salvo conduto formulado pelo impetrante em favor do ora paciente. Como é cediço, o 'habeas corpus' não se presta ao reexame deste tipo de matéria, cabível unicamente em recurso próprio (recurso em sentido estrito), cujo âmbito de cognição é mais amplo do que o do remédio heroico." **(TJSP; Habeas Corpus Criminal 2329925-31.2023.8.26.0000; Relator(a): Pinheiro Franco; Órgão Julgador: 5ª**

Acesso ao Sumário

Câmara de Direito Criminal; Foro de Botucatu - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 23/01/2024; Data de Registro: 23/01/2024)

E, ainda, importante precedente do Col. Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ESTABELECIMENTO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO; E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE FLAGRANTE ILEGALIDADE A PERMITIR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I – É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II – A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. Não se descure que, para o conhecimento da ordem, faz-se necessário que o direito alegado pela defesa seja líquido – dispense apuração probatória – e certo – indene de dúvida.

III – In casu, ao cotejar as alegações vertidas na exordial com a fundamentação exposta no acórdão objurgado, não se divisa a existência de ilegalidade ou constrangimento ilegal ao direito ambulatorial da agravante. Isso porque a pretensão defensiva não se mostra inconteste ou incontroversa à luz da normatividade aplicável à espécie e da moldura fático-jurídica delineada no aresto impugnado.

IV – De mais a mais, a via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a "dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade" (HC n. 400.119/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/8/2017).

VI – Na hipótese em foco, indubitavelmente, o acolhimento da pretensão defensiva reclama verticalização da prova, cognição vedada na via eleita. Agravo regimental desprovido. **(STJ, AgRg no HC 797182/PR, Rel. Min. Messod Azulay, Quinta Turma, DJe 31.08.2023)**

Acesso ao Sumário

Portanto, o presente *habeas corpus* não deve ser conhecido, seja pela ilegitimidade passiva tanto do Diretor-Geral da Polícia Civil e Comandante Geral da Polícia Militar, quanto pela inadequação da via eleita ao visar combater decisão judicial combatida com recurso.

Em face do exposto, pelo voto, configuradas a ilegitimidade passiva da autoridade coatora e a inadequação da via eleita, Não se conhece da ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2008978-92.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente (...) e impetrante (...), 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.", de conformidade com o voto do Relator que integra este Acórdão. **(Voto nº 36705)**

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, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, EUVALDO CHAIB, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, FIGUEIREDO GONÇALVES, COSTABILE E SOLIMENE e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 6 de março de 2024.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – Benefício previsto no artigo 89 da Lei 9.099/95 que não constitui direito subjetivo do acusado, mas prerrogativa do Ministério Público, que, na qualidade de titular da ação penal, tem o poder discricionário de decidir pelo cabimento da medida – Recusa em ofertar o benefício que, no caso, foi feita de forma fundamentada e justificada pela reprovabilidade da conduta do paciente, que envolve importunação sexual praticada contra menor, aluno de escola de futebol do acusado – Impetrante que pretende rediscutir os critérios de razoabilidade e

Acesso ao Sumário

proporcionalidade que levaram à rejeição da medida – Ausência de teratologia ou ilegalidade flagrante que justifique intervenção judicial em ato discricionário de outro poder – Constrangimento ilegal inexistente – ORDEM DENEGADA.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **(...)** contra ato do **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, que ratificou manifestação ministerial originária no sentido do descabimento de oferecimento, ao réu, do benefício da suspensão condicional do processo, na forma do artigo 89 da lei .9099/95, nos autos da Ação Penal (...).

Sustenta, em síntese, que o paciente foi denunciado pela suposta prática de crime tipificado no artigo 215-A do Código Penal e preenche os requisitos necessários à suspensão condicional do processo, pois a pena mínima abstrata é de 1 ano, não houve violência ou grave ameaça e é réu primário e com bons antecedentes, não respondendo a nenhum outro processo criminal.

Assevera que o argumento da inviabilidade de oferecimento do *sursis* processual com base no art. 226, § 1º da Lei n. 8.069/90, ou seja, por se tratar de vítima adolescente, não se sustenta, já que o dispositivo apenas se aplica aos casos de crimes contra adolescentes em âmbito doméstico ou familiar. Afirma que o benefício não pode ser recusado apenas sob fundamento moral.

É o relatório, passo ao voto.

Insurge-se o impetrante contra ato do Procurador-Geral de Justiça que ratificou a recusa do promotor em oferecer ao ora impetrante o benefício da suspensão condicional do processo, previsto no artigo 89 da Lei 9.099/95.

O benefício não constitui direito subjetivo do acusado, mas prerrogativa institucional do Ministério Público, enquanto órgão acusador titular da ação penal, cabendo a ele avaliar o cabimento e adequação da medida de acordo com o interesse público que lhe compete defender. De modo que, se devidamente fundamentada a sua recusa, não pode ser revista pelo Judiciário.

Assim dispõe o artigo 89, *verbis*:

*Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (**art. 77 do Código Penal**). (grifei).*

Conforme se extrai do citado artigo, satisfeitos os requisitos legais ali previstos, o Ministério Público "poderá" oferecer o benefício, ou seja, ainda

Acesso ao Sumário

que cumpridas as condições, o órgão ainda preserva o poder discricionário de avaliar o cabimento da medida.

No caso, a rejeição foi devidamente fundamentada pelo órgão titular da ação penal, não havendo ilegalidade ou teratologia flagrante que autorize a intervenção judicial.

Com efeito, o paciente está sendo processado com fulcro no artigo 215-A, ou seja, por ter, em tese, praticado ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia, sem a anuência da vítima adolescente, que seria seu aluno em escola de futebol.

Conforme se extrai da petição inicial o *Parquet* considerou ser inviável oferecer o benefício em razão da culpabilidade e das circunstâncias do delito, justamente por envolver lesão à "dignidade sexual de adolescente com que o réu mantinha proximidade e em local onde a vítima frequentava aulas". Tal circunstância, para o Parquet, caracteriza "especial reprovabilidade da conduta, estando ausente requisito subjetivo à concessão do benefício".

Irrelevante discutir o âmbito de aplicação do artigo 226, § 1º da Lei n. 8.069[1] (ou seja, se aplicável em âmbito geral ou apenas doméstico ou familiar), já que o Ministério Público tem o poder discricionário de valorar livremente as circunstâncias concretas e avaliar se, no caso, a menoridade da vítima adolescente constitui elemento determinante para sustentar sua escolha – repita-se – discricionária de oferecer ou não o benefício.

No mesmo sentido caminhou a ratificação da decisão pela PGJ, que ressalvou que "apesar da primariedade técnica do acusado, a aplicação de medidas despenalizadoras não atenderá aos postulados da prevenção e retribuição pelo fato ocorrido, ante a maior reprovabilidade e culpabilidade de sua conduta, pela sua personalidade deturpada e pelas circunstâncias dos fatos", em especial por ser a vítima adolescente "aluno da escola de futebol de propriedade do paciente".

Pretende o impetrante discutir os critérios de razoabilidade e proporcionalidade adotados pelo Ministério Público no exercício de seu poder discricionário, questionando a valoração dada pelo órgão acusador à circunstância do suposto crime, qual seja: contra vítima adolescente, praticado dentro da escola de futebol do acusado, na qual a vítima era aluno.

No entendimento do *Parquet*, o poder titular do direito de avaliar, em prol da sociedade, a lesividade da conduta para os valores tutelados pelo ordenamento jurídico, a circunstância é relevante o suficiente para ensejar a persecução penal e afastar a possibilidade de concessão do benefício. Não se vislumbra ilegalidade, teratologia ou ausência de razoabilidade e proporcionalidade em tal

1 Art. 226. Aplicam-se aos crimes definidos nesta Lei as normas da Parte Geral do Código Penal e, quanto ao processo, as pertinentes ao Código de Processo Penal.
§ 1º Aos crimes cometidos contra a criança e o adolescente, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

deliberação, ausente, portanto, configuração de constrangimento ilegal capaz de justificar a atuação do Poder Judiciário.

Nesse sentido:

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 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. (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2045683-26.2023.8.26.0000; Relator: James Siano; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central Criminal Barra Funda – 31ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 03/05/2023; Data de Registro: 04/05/2023)

Assim, ausente constrangimento ilegal, a ordem de habeas corpus não comporta acolhimento.

Ressalvado, por oportuno, que a oposição de embargos declaratórios manifestamente protelatórios ensejará a aplicação da penalidade prevista no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015, porquanto deve a insurgência se realizar pelo meio recursal adequado.

Ante o exposto, **denega-se a ordem de habeas corpus**.

Acesso ao Sumário

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2257918-41.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante

N.A.H., é impetrado PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, DENEGANDO-SE 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 29.648/2023)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (Presidente), MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, FIGUEIREDO GONÇALVES, GOMES VARJÃO, CORREIA LIMA, 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 e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2024.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Concurso público. Insurgência contra a decisão da Comissão de Avaliação por heteroidentificação, no sentido de que a impetrante não reúne os traços fenotípicos necessários para concorrer às vagas destinadas a candidatos negros (pretos ou pardos). Ausência de direito líquido e certo. Pretensão que demanda produção de provas, inadmissível nos estreitos limites do mandado de segurança. Exame da doutrina e da jurisprudência. SEGURANÇA DENEGADA.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por *N.A.H.* contra ato do *EXMO. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO*, consubstanciado no indeferimento da solicitação para concorrer na condição de contemplada com a reserva de vagas a candidatos negros (pretos ou pardos).

Em síntese, a impetrante sustenta que é pessoa parda, em razão de seus traços fenotípicos e sua ascendência. Alega que a decisão da comissão de heteroidentificação é genérica e imprecisa, faltando-lhe a motivação necessária aos atos administrativos. Defende que estão presentes os requisitos para a concessão de liminar voltada a assegurar sua participação na próxima etapa do concurso,

Acesso ao Sumário

dentro das vagas reservadas e, ao final, pugna pela concessão definitiva da ordem.

Presentes as informações da autoridade apontada como coatora (fls. 263-290) e o parecer da D. Procuradoria-Geral de Justiça, que opinou pela denegação da ordem (fls. 331-334).

É o breve relato.

I. Consta dos autos que a impetrante participou do Concurso Público para provimento de cargos de Escrevente Técnico Judiciário, nas vagas destinadas reservadas a candidatos negros e pardos (fl. 17).

Aprovada na prova objetiva, N. foi convocada para entrevista com a Comissão de Avaliação por heteroidentificação, conforme previsto no capítulo XI do edital (fl. 34). A comissão deliberou pelo não enquadramento da impetrante como pessoa parda com base no fenótipo (fl. 223), decisão contra a qual foi interposto recurso administrativo (fls. 224-233), que foi indeferido (fls. 251).

Inconformada, N. impetrou o presente *writ*, visando assegurar o direito a participar do certame concorrendo às vagas destinadas a candidatos negros (autodeclarados pretos ou pardos).

São os fatos essenciais.

II. Inicialmente, é oportuno ponderar que a ação mandamental se destina a *"proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça"* (artigo 1º da Lei nº 12.016/09).

O mandado de segurança exige, assim, comprovação inequívoca do alegado direito violado, por meio de documentação, por ocasião da impetração. Bem por isso, Diomar Ackel Filho observa que: *"não cabe mandado de segurança contra fatos que exigem dilação probatória. Como já se viu, é ínsita à natureza do writ a certeza do direito subjetivo que se pleiteia, o que se traduz por fato incontroverso, bem demonstrado por prova pré-constituída, que faz emergir, de plano, a justiça da pretensão"*[1].

No mesmo sentido é a lição de Celso Ribeiro Bastos: *"a solução correta, sem dúvida, é a que faz residir o caráter líquido e certo não na vontade normativa, mas nos fatos invocados pelo impetrante como aptos a produzirem os efeitos colimados. Mas precisamente ainda, na própria materialidade ou existência fática da situação jurídica. Para que o juiz possa superar a fase preliminar do cabimento ou não do mandado, ele há de verificar a satisfação prévia desse requisito específico para o acesso ao writ: a comprovação dos elementos fáticos em que o autor funda a sua pretensão. Bem é de ver que a certeza e a liquidez do direito não é condição para o deferimento ou concessão da segurança, mas*

Acesso ao Sumário

1 *Writs Constitucionais*, 2ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1991, p. 77.

especificamente, para a admissibilidade do seu conhecimento"[2].

E, no caso dos autos, não há elementos que indiquem violação a direito líquido e certo ou, ainda, ilegalidade e abusividade na conduta da Comissão de Avaliação.

Conforme previsto no edital, a autodeclaração é requisito para que o candidato possa concorrer às vagas reservadas (capítulo IV do edita de abertura). Ao obter nota suficiente para prosseguir no certame, o participante será avaliado por uma Comissão de Avaliação para heteroidentificação – composta por um Juiz de Direito e dois Assistentes Sociais Judiciários do Quadro do Tribunal de Justiça –, que aferirá a condição de pessoa preta ou parda com base no fenótipo.

Ao contrário do que alega a impetrante, o simples cotejo das fotografias por ela apresentadas não bastaria para elidir a decisão da comissão. Tampouco o laudo médico apresentado à fl. 229, classificando-a como parda na escala dermatológica de Fitzpatrick, seria suficiente para desconstituir a decisão administrativa. Ainda que referidos documentos sugiram que a impetrante pudesse ser considerada parda segundo a classificação do IBGE, a solução da controvérsia demandaria a produção de prova voltada à nova avaliação do seu fenótipo, o que é inadmissível pela via mandamental.

Sobre o tema, pondera Diomar Ackel Filho, em sua obra já citada: *"o mandado de segurança, como os writs em geral, oferta via de cognição mais estreita, em face de sua natureza peculiar (remédio sumário, de pronta eficácia), e, assim, os casos de exigem via de cognição mais ampla, para a demonstração do que se alega, devem ser objeto de outras ações desprovidas do caráter mandamental"*.

No mesmo sentido é a orientação desta E. Corte de Justiça em casos semelhantes:

> *"MANDADO DE SEGURANÇA – Insurgência contra decisão do Excelentíssimo Senhor Presidente da Comissão Examinadora do Concurso de Escrevente Técnico Judiciário – 1ª RAJ – Impetrante que concorreu a vagas destinadas a candidatos negros e pardos e que, ao final do concurso, foi excluído em virtude do não enquadramento nas regras do certame com base no fenótipo – Nova avaliação do fenótipo do impetrante ensejaria imprescindível dilação probatória, exercício inviável nos estreitos limites deste remédio heroico que demanda a pré-constituição de provas – Segurança denegada".*
> (Mandado de Segurança nº 2247399-17.2017.8.26.0000, Órgão Especial, rel. Des. Alex Zilenovski, j. em 11.4.2018);
> *"APELAÇÃO – Mandado de Segurança – Concurso Público – Não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora, ainda que se trate de exclusão do certame na etapa de heteroidentificação por ter a comissão examinadora concluído não ser a impetrante pessoa parda – Incidência do Tema nº 485 de Repercussão Geral do C. STF – Impe-*

2 *Do Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 11.

trante que não demonstrou seu direito líquido e certo – Inocorrência de qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade que autorize a pretendida anulação ou revisão da decisão da comissão examinadora – Entendimento jurisprudencial deste E. TJSP – RECURSO DESPROVIDO".
(Apelação nº 1030347-45.2023.8.26.0114, 8ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Antonio Celso Faria, j. em 26.10.2023);
"MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO – Concurso público para provimento de cargos de Escrevente Técnico Judiciário – Cota reservada a negros – Indeferimento do recurso interposto contra a decisão desfavorável da Comissão de Avaliação que não enquadrou a candidata na condição de pessoa preta ou parda – Critério de avaliação baseado no fenótipo do candidato – Necessidade de produção de provas – Direito líquido e certo não configurado – Ordem denegada".
(Apelação nº 2040387-96.2018.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Renato Delbianco, j. em 28.8.2018);

Oportuno observar, por fim, que a impetrante obteve a nota 7,3, suficiente para concorrer pelas vagas reservadas (nota de corte 6,8), mas não pela ampla concorrência (nota de corte 7,8, fl. 294). Assim, também por esse aspecto, não prospera sua irresignação.

Isto posto, denega-se a segurança e julga-se extinto o processo, com fundamento no artigo 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009, e artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, por força do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009, nem ao recolhimento de custas, ante a concessão da gratuidade à impetrante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 0386062-24.2010.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes ENEAS SOARES FAGUNDES (ESPÓLIO) e MARIA SOARES TEIXEIRA DE GOUVEIA (INVENTARIANTE), 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, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO. 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 51.317)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (Presidente), MATHEUS FONTES, FIGUEIREDO GONÇALVES, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS

Acesso ao Sumário

FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, EUVALDO CHAIB, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 6 de março de 2024.

FÁBIO GOUVÊA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Aplicabilidade da Emenda Constitucional nº 62/2009 aos Precatórios constituídos anteriormente à sua vigência – Tema de Repercussão Geral nº 519/STF – *Leading Case* RE nº 659.172/SP – JUÍZO DE RETRATAÇÃO – Art. 1.040, II, do Código de Processo Civil. Readequação necessária. SEGURANÇA DENEGADA.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por ESPÓLIO DE ENÉAS SOARES FAGUNDES em face do PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, com pedido de liminar, objetivando arredar a extinção do pedido de sequestro.

Alega o autor, em resumo, ter postulado, em 17.04.06, o sequestro de renda da Prefeitura Municipal de Cubatão por falta de pagamento de parcelas do precatório de que é titular desde 12.04.89, expedido em ação de desapropriação do ano de 1986, sobrevindo a extinção do pedido de sequestro, sob o fundamento de que aplicável a superveniente Emenda Constitucional nº 62/09.

Assevera, em suma, que a Emenda Constitucional nº 62/2009 não poderia abolir os direitos e garantias individuais. Afirma, ademais, terem sido violados o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, além do princípio da dignidade da pessoa humana, pois aos credores é dispensado um tratamento humilhante. Com tais argumentos, pede a concessão de liminar, para que os autos do pedido de sequestro não sejam enviados ao arquivo, e da segurança, em definitivo, para que sê dê prosseguimento ao pedido de sequestro (Processo nº 994.06.004994-7).

Pelo v. Acórdão de relatoria do Exmo. Desembargador Gonzaga Franceschini (fls. 129/132), foi concedida a segurança, em síntese, em razão de o precatório em comento, bem como o pedido de sequestro de rendas serem anteriores à Emenda Constitucional nº 62/2009.

Os interessados interpuseram Recurso Extraordinário (fls. 138/156).

Foi deferido efeito suspensivo, pelo então Presidente deste E. Tribunal de

Acesso ao Sumário

Justiça, Exmo. Des. Ivan Sartori, acompanhando o quanto vinha sido decidido pelo C. STF no sentido de suspender julgados deste E. Tribunal de Justiça quanto ao pedido de sequestro de verbas públicas requeridas por particulares.

Na mesma decisão, foi determinado o sobrestamento do mencionado RE até definitivo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema em análise.

Sobreveio, então, decisão paradigmática (RE nº 659.172/SP), representada pelo Tema de Repercussão Geral nº 519, do C. STF.

Despacho a fls. 196/197, determinando o retorno dos autos para juízo de retratação, cf. art. 1.040, II, do Código de Processo Civil.

Redistribuído o feito a este Relator, por força do art. 68, Parágrafo Único, do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça.

É o relatório.

Respeitado o posicionamento anterior desta Corte, anoto que a retratação é medida de rigor.

Isso porque, no mencionado Tema nº 519/STF, fixou-se a seguinte tese:

*"O regime especial de precatórios trazido pela Emenda Constitucional nº 62/2009 aplica-se aos precatórios expedidos anteriormente a sua promulgação, **observados a declaração de inconstitucionalidade parcial quando do julgamento da ADI nº 4.425** e os efeitos prospectivos do julgado."*

A hipótese dos autos amolda-se perfeitamente ao quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal, restando colacionado, naquele julgado, que:

"1. No julgamento da ADI nº 4.357/DF, o Tribunal Pleno declarou a inconstitucionalidade do regime 'especial' de pagamento de precatórios criado pela EC nº 62/09 destinado aos estados e aos municípios, por violação do princípio da separação de poderes, do postulado da isonomia, da garantia do acesso à justiça da efetividade da tutela jurisdicional, do direito adquirido e da coisa julgada.

*2. Por força da tese prevalecente na apreciação da Questão de Ordem suscitada na ADI nº 4.425/DF, **a declaração de inconstitucionalidade somente produziu efeito a partir de 1º de fevereiro de 2020**, motivo pelo qual, no período da promulgação da EC nº 62/2009 e 1º de fevereiro de 2020, o sequestro de verbas públicas para pagamento de precatórios anteriores à referida emenda estava autorizado, **desde que enquadrado nas novas hipóteses constitucionais que autorizavam o sequestro de verbas públicas, que eram excepcionais e incidiam exclusivamente para os casos nela especificados.***

(...)"

Assim que, embora os créditos do impetrante se enquadrassem no § 4º, do art. 78 inserido no ADCT pela Emenda Constitucional 30/2000, é certo que,

Acesso ao Sumário

entendida a autorização de sequestro de verbas públicas apenas nas novas hipóteses trazidas (art. 100, da CF, e art. 97, § 6º, do ADCT, ambos inseridos pela EC 62/09), não há que falar, por ora, em direito líquido e certo do impetrante.

Dessa forma, pelo meu voto, em juízo de retratação, denego a segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2273550-10.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante (...) (PROMOTOR DE JUSTIÇA), 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: "CONCEDERAM A SEGURANÇA. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. RUY CARDOZO DE MELLO TUCUNDUVA SOBRINHO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.145)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), MELO BUENO, GOMES VARJÃO, EUVALDO CHAIB, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, FIGUEIREDO GONÇALVES, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA e NUEVO CAMPOS.

São Paulo, 6 de março de 2024.

CARLOS MONNERAT, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL. OBJETO. Indeferimento de aposentadoria por tempo de contribuição a Promotor de Justiça em disponibilidade, diante da existência de ações civis em andamento que podem gerar a perda do cargo. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. Comprovado o preenchimento dos critérios de idade e de tempo de contribuição. Ausência de processo disciplinar em curso. Ação penal com declaração de extinção da punibilidade e regular trânsito em julgado. Ações de perda do cargo e por ato de improbidade

Acesso ao Sumário

administrativa pendentes de julgamento, contendo pedido expresso de cassação de eventual aposentadoria. Leis Orgânicas Estadual e Nacional do Ministério Público preveem imposição da pena de cassação da aposentadoria por sentença judicial a ser prolatada na ação civil própria para a perda do cargo. Ausente, portanto, fundamento legal para o indeferimento da aposentadoria. Precedente deste C. Órgão Especial. Direito líquido e certo à aposentadoria.
SEGURANÇA CONCEDIDA.

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança Cível, sem pedido de liminar, impetrado por *(...)*, Promotor de Justiça, contra ato imputado ao Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, cujo teor indeferiu seu pedido de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, sob o fundamento de que, embora tenha preenchido os requisitos objetivos previstos em lei, está em trâmite processo capaz de gerar a perda do cargo (fls. 09/19).

Sustenta o impetrante, em síntese, que atende aos requisitos de idade e de tempo de contribuição, possuindo mais de 40 anos de contribuição e 60 anos de idade, conforme certidão expedida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. Aduz que, preenchidos os critérios em 19 de julho de 2023, formulou o requerimento de aposentadoria, mas somente em 05 de outubro de 2023 a autoridade reputada coatora indeferiu o pedido, com o fundamento de que se encontra em disponibilidade, estando em curso ações de perda de cargo (processo nº (...)) e de improbidade administrativa (processo nº (...)). Ressalta que tais argumentos não obstam a concessão da aposentadoria voluntária. Argumenta, ainda, que não houve a decretação da perda do cargo pela decisão criminal condenatória transitada em julgado, haja vista a extinção da punibilidade pela prescrição (processo nº (...)). Logo, o impetrante não estaria sujeito à perda do cargo no âmbito criminal. Pontua, também, que não existe qualquer penalidade administrativa ou processo administrativo pendente que impeça a aposentadoria. Sublinha que o Procurador-Geral de Justiça já requereu na inicial da ação civil de perda do cargo em andamento, assim como na ação de improbidade administrativa, a decretação da perda do cargo, a dissolução do vínculo funcional com cassação da disponibilidade remunerada ou a cassação da aposentadoria, admitindo, portanto, a possibilidade de concessão da aposentadoria no curso daqueles processos. Aponta que a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e o Estatuto do Funcionário Público do Estado de São Paulo estabelecem, como requisitos para a aposentadoria do servidor público, apenas as condições de tempo de serviço e idade, ambas atendidas pelo impetrante, de acordo com certidão do próprio Ministério Público. Por tais motivos, considera que o ato da autoridade violou seu direito líquido e certo à aposentação. Requer a concessão

Acesso ao Sumário

de segurança, para que lhe seja deferida a aposentadoria por tempo de contribuição (fls. 01/07 e documentos de fls. 08/39).

Inicialmente, o remédio constitucional foi encaminhado à eminente Desembargadora *Luciana Bresciani*, por prevenção à ação civil pública de perda do cargo (processo nº (...)) (fl. 40).

Opostos embargos de declaração pelo impetrante, sob fundamento de erro da serventia ao direcionar o feito por prevenção, haja vista que a ação civil pública de perda do cargo não guardaria identidade de causa de pedir e pedido (fls. 67/68), a Relatora acolheu os aclaratórios, determinando a distribuição livre dos autos (fls. 70/71).

Desse modo, operada a redistribuição pelo eminente Vice-Presidente deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo, o ilustre Desembargador *Guilherme G. Strenger* (fl. 77), o feito aportou em meu gabinete de trabalho em 21/11/2023.

A autoridade apontada como coatora ofertou informações e requereu a denegação da ordem, sob a premissa de que inexiste direito líquido e certo a ser amparado por meio da presente impetração (fls. 53/65).

Houve manifestação da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (fls. 84/85).

Por fim, a d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da segurança, pois, em síntese, a existência de ação civil de perda do cargo impede a aposentadoria voluntária (fls. 97/100).

Os autos retornaram para julgamento em 17/01/2024.

É o relatório.

A ordem há de ser concedida.

Extrai-se dos autos que, após requerer o "Cálculo e Liquidação do Tempo de Serviço" e a "Certidão de Tempo de Serviço"[1], o impetrante formulou pedido de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição perante a autoridade apontada como coatora.

Realizado o cálculo, o Centro de Recursos Humanos do Ministério Público consignou que *"em relação aos requisitos para a aposentadoria, completou a idade (60 anos) em 19/07/2023, o tempo de serviço até a edição da Lei Complementar Estadual nº 1.354/2020 e o tempo de serviço efetivo em 23/02/2009 (doc. SEI – Informação CGP CORPODEAPOIO (...))"* (fl. 14). Contudo, informou que o Promotor de Justiça foi, desde 05/11/2021, colocado em disponibilidade, com fundamento no artigo 163, incisos I e II, da Lei Complementar Estadual nº 734/1993 (fl. 14).

Certificada a existência dos processos nºs (...) (ação civil de perda do cargo), (...) (ação civil de improbidade administrativa) e (...) (ação penal), a Assessoria Jurídica da Subprocuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer de

1 Fl. 10: *"Perante o Centro de Gestão de Pessoas (Subárea de Apoio Administrativo – Contagem de Tempo) atestou-se que o requerente, até o dia 30/08/2023, tinha o tempo de serviço de 40 (quarenta) anos, 3 (três) meses e 16 (dezesseis) dias (doc. SEI – certidão CGP CONTAGEM (...))*.

indeferimento do pedido, pois *"ainda que preenchidos os requisitos que autorizariam a aposentadoria por tempo de contribuição, por se tratar de pedido de aposentadoria voluntária a servidor público pleiteada enquanto responde a processo de natureza disciplinar, como é o caso do interessado que responde a ação de civil de improbidade administrativa, no momento, deve ser indeferida a pretensão"* (fls. 09/16), o que foi homologado pela Subprocuradoria-Geral de Justiça (fl. 17).

Em seguida, o d. Procurador-Geral de Justiça, acatando o parecer supracitado, denegou o requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição feito pelo ora impetrante, nos seguintes termos:

> *"Trata-se de pedido de aposentadoria voluntária formulado por membro do Ministério Público e que responde a processos civis para perda do cargo e responsabilidade por improbidade administrativa.*
> *O Parecer da Subprocuradoria-Geral de Justiça se encontra assim ementado:*
> *'ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. PROMOTOR DE JUSTIÇA. NEGATIVA DE APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. INTERESSADO QUE RESPONDE A AÇÃO CIVIL DE PERDA DO CARGO E AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO.*
> *1. Promotor de Justiça em disponibilidade que, embora preencha os requisitos objetivos previstos em lei para obtenção da concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, não pode exercer opção pela aposentadoria de forma voluntária enquanto estiver em trâmite processo capaz de gerar a perda do cargo.*
> *2. Interpretação conjugada das Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos e do Estatuto do Funcionalismo Público Federal conduz à conclusão de que a existência de ação civil de perda do cargo e de improbidade administrativa impede a aposentadoria voluntária.*
> *3. Indeferimento do pedido de aposentadoria por tempo de contribuição.' Adoto seus fundamentos como razões de decidir e indefiro o pedido, pois, é ilógica a aposentadoria voluntária a quem tem a perspectiva concreta de perda do cargo."* (fls. 18/19).

Pois bem.

In casu, o direito do impetrante à aposentadoria voluntária, obstado por ato da autoridade coatora, comprovou-se líquido e certo.

Consoante informações da E. Corregedoria Geral do Ministério Público, foi expedida certidão negativa em nome do interessado de "Notícia de Fato, Reclamação Disciplinar, Sindicância ou Processo Administrativo Disciplinar" em andamento (documento SEI – certidão CA (...) – fl. 10).

De outro lado, o impetrante está em disponibilidade, respondendo a ação civil pública de perda de cargo (processo nº (...)) e ação de improbidade admi-

Acesso ao Sumário

nistrativa (processo nº (...)).

Consta, de igual modo, o registro de ação penal (processo nº (...)). Todavia, foi declarada a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, nos termos do artigo 107, inciso IV, c/c os artigos 109, inciso VI, parágrafo único, 110, *caput*, e 114, inciso II, todos do Código Penal (cf. STJ. RE (...)).

Vê-se que o requerimento de aposentadoria por tempo de contribuição efetuado por Promotor de Justiça em situação de disponibilidade foi rechaçado pela autoridade coatora, porque *"embora preencha os requisitos objetivos previstos em lei para obtenção da concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, não pode exercer opção pela aposentadoria de forma voluntária enquanto estiver em trâmite processo capaz de gerar a perda do cargo"*, sendo que a *"interpretação conjugada das Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos e do Estatuto do Funcionalismo Público Federal conduz à conclusão de que a existência de ação civil de perda do cargo e de improbidade administrativa impede a aposentadoria voluntária"* (fl. 18).

Ocorre que as Leis Orgânicas Nacional (Lei nº 8.625/93) e Estadual (Lei Complementar Estadual nº 734/93) do Ministério Público não preveem impedimento à concessão de aposentadoria voluntária a Promotor de Justiça quando estiverem em curso ações civis de perda do cargo e/ou improbidade administrativa.

No mais, não se ignora que o artigo 257 da Lei Orgânica Estadual do Ministério Público dispõe sobre a aplicação subsidiária do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei n° 8.112/90) ao processo disciplinar e que este, em seu artigo 172, estabelece que *"o servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada"*.

Sobre o tema, este C. Órgão Especial já se manifestou sobre a aplicabilidade subsidiária da Lei nº 8.112/90 ao processo disciplinar instaurado contra Promotores de Justiça do Ministério Público de São Paulo. Entretanto, restou decidido que a incidência do Estatuto estaria atrelada apenas às regras procedimentais, não quanto ao regime disciplinar. Logo, não há como se exigir, com base no artigo 172 do referido Estatuto, o término de cumprimento da pena de disponibilidade para se conceder a aposentadoria ao impetrante, *in verbis*:

> *"Esse dispositivo, entretanto, impõe restrição apenas em relação ao pedido de exoneração do servidor, sem qualquer referência (de natureza restritiva) ao pedido de aposentadoria, daí porque não serve para conferir respaldo de legalidade ao ato impugnado. O mesmo ocorre em relação ao artigo 257 da Lei Orgânica Estadual do Ministério Público, porque essa norma remissiva diz respeito às regras de procedimento (Capítulo III, Seções I, II, III, IV, V e VI), ou seja, autoriza a aplicação do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União apenas quanto aos aspectos processuais (e não quanto ao regime disciplinar). Não serve, portanto,*

Acesso ao Sumário

para restringir o exercício do direito à aposentadoria, como se deu no caso, por meio de vedação ou suspensão do benefício postulado pela impetrante.

De qualquer forma, mesmo que não houvesse essa distinção (entre direito material e processual), não seria razoável aplicar a referida restrição (inerentes aos Servidores da União) ao Promotor de Justiça Estadual em situação de disponibilidade.

Quando o artigo 172 da Lei nº 8.112/90 (Estatuto do Funcionalismo Público da União) impõe a essa categoria de servidores o cumprimento da penalidade como condição para concessão da aposentadoria, está se referindo, evidentemente, às penalidades compatíveis com tal exigência (e que estão previstas naquela legislação), ou seja, advertência (art. 127, I) e suspensão (art. 127, II) com prazo máximo de 90 dias (artigo 130), que correspondem às penalidades previstas no artigo 237, incisos I e III, da Lei Orgânica do Ministério Público Paulista.

Com relação à pena de disponibilidade (não prevista na Lei nº 8.112/90) essa condição (cumprimento da pena para obter a aposentadoria voluntária) é inexigível por falta de amparo legal."

(TJSP; Mandado de Segurança Cível 2199463-59.2018.8.26.0000; Relator: Ferreira Rodrigues; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 30/01/2019; Data de Registro: 26/02/2019).

Frise-se, ainda, que o d. Procurador-Geral de Justiça requereu a decretação da perda do cargo do impetrante e a cassação da disponibilidade remunerada, ou de aposentadoria eventualmente concedida, conforme se destaca do item 5.a da inicial da ação de improbidade administrativa (processo nº (...)[2]), bem como na ação civil pública de perda de cargo (processo nº (...)).

Desse modo, mesmo que aposentado voluntariamente, o impetrante poderá sofrer a pena de cassação da aposentadoria em sentença judicial prolatada na ação civil própria para a perda do cargo, de acordo com o artigo 157 da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo e artigo 38, § 1º, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, como reconhecido pelo impetrado em suas informações (fls. 53/65).

A temática não é inédita neste C. Órgão Especial:

"Mandado de Segurança. Impetração contra ato do Procurador Geral de Justiça que indeferiu pedido de aposentadoria voluntária formulado por Promotor de Justiça em disponibilidade punitiva. Preenchimento dos requisitos legais para aposentadoria. Pendência de ação civil pública e ação civil de perda de cargo. Ausência de amparo legal para condicionar a concessão da aposentadoria ao desfecho das ações pendentes

Acesso ao Sumário

2 Fl. 56 dos autos originais: *"à perda da função pública e do cargo público ocupado pelo demandado (...), mediante a dissolução do vínculo com o Ministério Público do Estado de São Paulo, cassando-se, consequentemente, a disponibilidade remunerada e aposentadoria que porventura lhe venha a ser concedida (artigos 37, § 4º, e 128, § 5º, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal e artigo 12, inciso I, da Lei 8.429/92"*.

de decisão. Possibilidade de cassação posterior da aposentadoria. Precedentes deste C. Órgão Especial. Presença de direito líquido e certo. Segurança concedida."
(TJSP; Mandado de Segurança Cível 2062628-59.2021.8.26.0000; Relator: Damião Cogan; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 09/02/2022; Data de Registro: 10/02/2022).
"Mandado de Segurança. Indeferimento pelo Procurador-Geral de Justiça de aposentadoria voluntária a Promotor de Justiça em disponibilidade punitiva. Incontroverso o preenchimento dos requisitos legais para a aposentadoria. Inexistência de processo disciplinar em trâmite. Processo criminal finalizado, em que foram impostas por este OE penas restritivas de direitos ao impetrante, sem decretação da perda do cargo público. Ações civis de perda do cargo e por ato de improbidade pendentes de julgamento, contendo pedidos expressos de cassação de eventual aposentadoria. Previsão, nesse sentido, nas Leis Orgânicas Estadual e Nacional do Ministério Público, de imposição da pena de cassação da aposentadoria por sentença judicial a ser prolatada na ação civil própria para a perda do cargo. Ausência de fundamento legal para o indeferimento da aposentadoria. Precedente deste Órgão Especial. Direito líquido e certo à aposentadoria. Segurança concedida." (TJSP; Mandado de Segurança Cível 0014742-35.2020.8.26.0000; Relator: Márcio Bartoli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 12ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/06/2020; Data de Registro: 26/06/2020).

Diante disso, ilegal o indeferimento pela autoridade coatora do pedido de aposentação voluntária formulado pelo impetrante.

Pelo exposto, tendo demonstrado que preencheu os requisitos legais, concedo a segurança, a fim de garantir a *(...)* o direito líquido e certo à aposentadoria por tempo de contribuição.

Custas *ex lege*, sem condenação em honorários advocatícios, a rigor do disposto no artigo 25 da Lei nº 12.016/2009.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2248191-58.2023.8.26.0000, da Comarca de Santana de Parnaíba, em que é impetrante TG RIO DE JANEIRO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A, são impetrados PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO e MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA CRIMINAL DE SANTANA DE PARNAÍBA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE A ADV. DRA. RAFAELA BRAGA JARDIM. USOU DA PALAVRA O EXMO. SR. PROCURADOR DE JUSTIÇA DR. LUIZ FERNANDO RODRIGUES PINTO JUNIOR.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39524)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, RENATO RANGEL DESINANO, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, PAULO ALCIDES, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, FIGUEIREDO GONÇALVES, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES e MARCIA DALLA DÉA BARONE.

São Paulo, 13 de março de 2024.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Inquérito policial. Pedido de arquivamento deduzido pelo Ministério Público. Homologação. Writ impetrado pela vítima. Exegese do art. 28, § 1º, do CPP, incluído pela Lei n.º 13.964/19. Pretensão de compelir o Procurador-Geral de Justiça a oferecer a denúncia. Inadmissibilidade. Ausência de direito líquido e certo em impedir o arquivamento do inquérito ou peças de informação de crime de ação penal pública incondicionada. Precedentes do C. STJ.
Segurança denegada.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança (fls. 1/28) impetrado por TG RIO DE JANEIRO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S.A., nos termos do art. 13, *a*, do RITJSP, contra atos do PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO E OUTRO que, em síntese, (a) homologou o arquivamento de inquérito policial e (b) deixou de oferecer a denúncia após pedido de revisão, nos termos do art. 28, § 1º, do CPP.

A Impetrante sustenta, em síntese: **(i)** houve a prática, em tese, de crime de denunciação caluniosa (CP, art. 339); **(ii)** todavia, o inquérito foi processado para apurar o crime de comunicação falsa de crime (CP, art. 340), o que justificou a ocorrência da prescrição em perspectiva, antecipada ou virtual; **(iii)** após instrução, foi requerido e homologado o arquivamento do inquérito policial; **(iv)**

Acesso ao Sumário

a pretensão punitiva não está prescrita; **(v)** deveria o Magistrado fazer remessa do inquérito ao i. Procurador-Geral de Justiça, para que fosse oferecida a denúncia ou mantido o pedido de arquivamento, nos termos do art. 28, § 1º, do CPP; **(vi)** o primeiro ato coator é a r. decisão que homologou o arquivamento do inquérito policial; **(vii)** o segundo ato coator é a r. decisão do *parquet* que não conheceu do pedido de revisão; **(viii)** o terceiro ato coator é a r. decisão do *parquet* que rejeitou o pedido de reconsideração; **(ix)** finalmente, o quarto ato coator é a r. decisão que – após as manifestações do i. Procurador-Geral de Justiça – indeferiu o desarquivamento dos autos para instruir novo pedido de revisão; **(x)** "A cota ministerial e a consequente SEQUÊNCIA DE ATOS COATORES por parte do MM. Juízo a quo e do d. Procurador Geral de Justiça configuram ilegalidade patente". Assim, requer a concessão da segurança "para garantir a aplicação do art. 28, do CPP, e viabilizar o oferecimento de denúncia por outro promotor de justiça, diante da possível prática de denunciação caluniosa".

O *writ* foi distribuído para a C. 1ª Câmara de Direito Criminal, sob relatoria do e. Des. Mário Devienne Ferraz (fl. 863), que processou o pedido (fls. 864/865, 885 e 896) e declinou da competência para julgar o mandado de segurança (fls. 898/901).

Foram prestadas informações (fls. 871/873).

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 869 e 912).

A D. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pela remessa dos autos ao C. Órgão Especial e, ato contínuo, pela denegação da segurança (fls. 876/883).

Os autos foram redistribuídos (fl. 907).

O *writ* foi novamente processado (fls. 908/909).

A D. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou mais uma vez pela denegação da segurança (fl. 917).

É o relatório.

A hipótese é de MS impetrado contra atos que, em síntese, (a) homologou o arquivamento de inquérito policial e (b) deixou de oferecer a denúncia após pedido de revisão, nos termos do art. 28, § 1º, do CPP.

O mandado de segurança é instrumento de proteção de direito líquido e certo, que deve ser concedido sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofra violação ou houver justo receio de sofrê-la por ato de autoridade, nos termos do art. 1º, *caput*, da Lei n.º 12.016/09.

É dizer, "A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Pretório Excelso recolhem o mandado de segurança como ação constitucional, destinada à proteção de direito líquido e certo contra ato abusivo ou ilegal de autoridade pública" (STJ, 6ª Turma, RMS 11.493-ES, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, unânime, j. 11.10.05, destacou-se).

Com efeito, "O pressuposto do mandado de segurança, portanto, é a ausência de dúvida quanto à situação de fato, que deve ser provada docu-

Acesso ao Sumário

mentalmente. Qualquer incerteza sobre os fatos decreta o descabimento da reparação da lesão através do mandado, devendo a parte pleitear seus direitos através de ação que comporte a dilação probatória" (Vicente Greco Filho. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 162).

Pois bem. Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial que, acolhendo o pedido do Ministério Público, homologa o pedido de arquivamento do inquérito policial, tampouco contra decisão do *parquet* que – a qualquer título – insiste no arquivamento.

Isso porque, "A vítima de crime de ação penal pública incondicionada não tem direito líquido e certo de impedir o arquivamento do inquérito ou peças de informação" (STJ, Corte Especial, MS 21.081-DF, Rel. Min. Raul Araújo, unânime, j. 17.06.15, destacou-se).

Nesse sentido, os precedentes do C. STJ:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. HOMOLOGAÇÃO DO REQUERIMENTO MINISTERIAL DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE ABUSO, ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA. *PARQUET*. TITULAR DO *JUS PUNIENDI*.

(...)

I – Não cabe mandado de segurança para impugnar decisão judicial que, acolhendo pedido ministerial, determina o arquivamento do inquérito policial. Com efeito, em razão do direito de punir pertencer ao Estado, a Constituição Federal, no inciso I do seu art. 129, conferiu ao Ministério Público a atribuição privativa para propositura da ação penal pública, uma vez aferida a presença de justa causa.

II – **É firme a jurisprudência deste eg. Superior Tribunal de Justiça ao fixar a inadmissibilidade do manejo do mandado de segurança, ou de seu recurso ordinário, em face de decisão que determina o arquivamento de inquérito policial ou que indefere o desarquivamento, não sendo esta decisão ilegal ou teratológica, tendo em vista a titularidade da ação penal pública pertencer ao d. Ministério Público, o qual é o órgão estatal legitimado a realizar a avaliação sobre a existência ou não de justa causa para propositura da ação penal pública.** (...)"

(STJ, 5ª Turma, AgRg na PET no RMS 67.866-MT, Rel. Min. Messod Azulay Neto, unânime, j. 07.11.23, destacou-se)

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. COMUNICAÇÃO FALSA DE CRIME OU CONTRAVENÇÃO. INQUÉRITO POLICIAL ARQUIVADO A PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENSÃO DO OFENDIDO DE DESARQUIVAMENTO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não há ilegalidade ou teratologia, passível de correção por mandado

Acesso ao Sumário

de segurança, na decisão judicial que concorda com a conclusão do Ministério Público, quanto à ausência de elementos suficientes para o oferecimento da denúncia, e determina o arquivamento de inquérito policial. 2. **'Conforme entendimento desta Corte, em se tratando do suposto cometimento de crime cuja ação penal é pública incondicionada, o destinatário das investigações é o Ministério Público, que possui a condição de titular da ação penal, de tal sorte que a vítima não possui o direito líquido e certo de impedir eventual pedido de arquivamento do inquérito ou das peças de informação'** (AgRg no RMS n. 69.802/PR, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13/2/2023, DJe de 15/2/2023)."

(STJ, 6ª Turma, AgRg no RMS 70.520-RS, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, unânime, j. 18.09.23, destacou-se)

Mas não é só. O Ministério Público é o titular da ação penal pública, de modo que inexiste ilegalidade ou abuso de poder nas r. decisões que (a) homologou o arquivamento de inquérito policial e (b) deixou de oferecer a denúncia após pedido de revisão.

Ora, em sua redação original, o art. 28 do CPP prevê apenas a possibilidade de revisão em razão de remessa do Magistrado, *i.e.* "Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, **o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral**" (destacou-se).

Por sua vez, somente a nova redação do dispositivo legal, especificamente em seu art. 28, § 1º, do CPP, incluído pela Lei n.º 13.964/19, previu a possibilidade da vítima submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, se não concordasse com o arquivamento do inquérito policial.

Todavia, no momento em que analisado o pedido de revisão em exame (fls. 774/782), o texto estava suspenso, pois "no dia 22 de janeiro de 2020 o Min. Luiz Fux, em Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6299, 6300 e 6305, suspendeu a eficácia do novo art. 28, diante da 'dimensão superlativa dos impactos sistêmicos e financeiros que a nova regra de arquivamento do inquérito policial ensejará ao funcionamento dos órgãos ministeriais (...)'" (Andrey Borges de Mendonça. Comentários ao art. 29 do CPP. *In* Antonio Magalhães Gomes Filho, Alberto Zacharias Toron e Gustavo Henrique Badaró (Coords.). *Código de Processo Penal comentado*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, livro eletrônico).

E mesmo se assim não fosse, a despeito do "não conhecimento" do pedido de revisão (fl. 782), anote-se que o i. Procurador-Geral de Justiça voltou ato contínuo a insistir no arquivamento do inquérito policial (fls. 850/852), o que também deve ser considerado, consoante princípio da instrumentalidade das formas.

Assim, inexistindo ilegalidade ou abuso de poder, deve ser denegada a

Acesso ao Sumário

segurança.

Segurança denegada.

Diante do exposto, denega-se a segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 0042187-23.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante RENATA FURLANETTO POLETTO, é impetrado PRESIDENTE DA COMISSÃO DO CONCURSO PÚBLICO DO TJ-SP – 2018.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DO MANDADO DE SEGURANÇA, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.524)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, RENATO RANGEL DESINANO, MELO BUENO, PAULO ALCIDES, BERETTA DA SILVEIRA e FRANCISCO LOUREIRO.

São Paulo, 20 de março de 2024.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração contra ato praticado pelo Juiz de Direito Presidente da Comissão do Concurso Público para o cargo de Escrevente Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça, que não procedeu a nomeação da impetrante. Incompetência deste colendo Órgão Especial para julgamento do mandamus, nos termos do artigo 13, I, "b" do RITJSP. Competência de uma das Câmaras da Sessão de Direito Público para julgamento do feito. Precedentes.
Impetração não conhecida, com determinação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por RENATA FURLANE-

TTO POLETTO contra ato do PRESIDENTE DA COMISSÃO DO CONCURSO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO –2018, que deixou de nomear a impetrante no cargo de Escrevente Técnico Judiciário deste Sodalício.

Alega a impetrante que no ano de 2018 prestou concurso público para o cargo de Escrevente Técnico Judiciário, tendo sido aprovada na 57ª posição das 67 vagas então existentes na 5ª Região Administrativa Judiciária – 27ª Circunscrição Judiciária de Presidente Prudente; ocorre que, expirado o prazo de validade do concurso em 04/10/2022, a autoridade impetrada deixou de nomear a impetrante, sendo que em 29/07/2021 foi publicado novo edital de concurso para o preenchimento de 20 vagas do cargo em questão na mesma RAJ, mesmo havendo 10 vagas ainda não preenchidas do certame do qual participou; diante disto, entende que a administração está obrigada a proceder a sua nomeação, pois fora aprovada dentro do número de vagas previstas no edital, conforme ampla jurisprudência acerca do tema, razão pela qual pede liminarmente a sua nomeação, sob pena de multa diária em caso de descumprimento e, ao final, a concessão da segurança, confirmando-se a liminar (fls. 01/18, com documentos de fls. 19/296).

Inicialmente impetrado o *mandamus* perante a 1ª Vara de Fazenda Pública da Capital, haja vista que constou como impetrada a Fazenda do Estado de São Paulo, foi a liminar indeferida (fls. 297/298).

Determinada pelo MM. Juízo de primeiro grau a correta indicação da autoridade coatora (fls. 312), apontou a impetrante o MM. Juiz Presidente da Comissão do Concurso Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – 2018 como impetrado (fls. 315), motivo pelo qual determinou o magistrado *a quo* a remessa dos autos ao colendo Órgão Especial desta Corte (fls. 322).

Redistribuídos os autos e ratificado o indeferimento liminar (fls. 343/344), requereu a Fazenda do Estado de São Paulo a sua admissão no feito (fls. 352).

Informações prestadas pela d. autoridade impetrada, noticiando que a impetrante esteve classificada fora do número de vagas previstas no edital, haja vista que alcançou a 44ª posição da Lista Geral, sendo que para a comarca de Presidente Prudente foram disponibilizadas apenas 10 vagas, das quais 7 seriam da Lista Geral e 3 da Lista Especial de pessoas com deficiência e candidatos negros (fls. 356/357, com documentos de fls. 358/429).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça pela incompetência do Órgão Especial para processar e julgar o *writ* e, se analisado o mérito, pela denegação da segurança (fls. 434/438).

É o relatório.

A impetração não comporta julgamento de mérito por este colendo Órgão Especial.

Com efeito, apontou a impetrante como autoridade impetrada no *manda-*

Acesso ao Sumário

mus o MM. Juiz de Direito *"Presidente da Comissão do Concurso Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – 2018"* que, direta e imediatamente, teria praticado o ato em questão e, consequentemente, possui condições de corrigir eventual ilegalidade constatada em razão de sua competência funcional.

Ocorre que, inobstante a atuação da referida autoridade por delegação do eminente Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, deve a autoridade delegada responder pelos atos praticados no exercício de suas atribuições, nos moldes da Súmula 510 do Supremo Tribunal Federal[1], sendo certo, ademais, que ações mandamentais contra atos praticados por Juízes de Direito não são de competência jurisdicional deste augusto Órgão Especial, conforme pontifica o artigo 13, inciso I, "b" do Regimento Interno deste Sodalício[2].

Neste sentido:

"MANDADO DE SEGURANÇA – IMPETRAÇÃO CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA COMISSÃO DO CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE ESCREVENTE TÉCNICO JUDICIÁRIO – 1ª RAJ QUE EXCLUIU A IMPETRANTE DO CERTAME – AUTORIDADE IMPETRADA É JUIZ DE DIREITO QUE ATUA POR DELEGAÇÃO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – INCOMPETÊNCIA DESTE ÓRGÃO ESPECIAL PARA O JULGAMENTO DO 'MANDAMUS' – EXEGESE DO ARTIGO 13, I, 'a', DO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE, COMBINADO COM A DICÇÃO DA SÚMULA 510, DO STF – PRECEDENTES – IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA, COM DETERMINAÇÃO DE REDISTRIBUIÇÃO A UMA DAS CÂMARAS DE DIREITO PUBLICO DESTA CORTE."
(TJSP; Mandado de Segurança nº 2010882-60.2018.8.26.0000 – Órgão Especial; Relator: Desembargador FERRAZ DE ARRUDA; Data do Julgamento: 21/03/2018; Data de Registro: 22/03/2018).

"Mandado de segurança. São Paulo. Concurso público para o cargo de Escrevente Técnico Judiciário do Estado de São Paulo – 1ª RAJ. Candidata classificada dentro do limite do número de vagas inicialmente previsto. Exclusão do certame pela Comissão de Avaliação, após verificação da ausência da condição de pessoa preta ou parda, conforme critérios de cor e raça do IBGE (Item IV – 5.3, do respectivo Edital). Alegação de direito líquido e certo à permanência na lista de aprovados cotistas. Impetração contra ato do Presidente da Comissão Examinadora do Concurso. Incompetência absoluta do C. Órgão Especial. Autoridade impetrada que é Juiz de Direito. Matéria afeta a uma das Câmaras da

1 "Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial."

2 "Art. 13. Compete ao Órgão Especial:
I – processar e julgar, originariamente:
(...)
b) os mandados de segurança e os habeas data contra ato do próprio Órgão Especial, do Conselho Superior da Magistratura e de seus integrantes, das Turmas Especiais, da Câmara Especial e relatores que as integrem, dos Presidentes das Comissões de Concurso de Ingresso na Magistratura e de Outorga de Delegações e do Desembargador Coordenador da Diretoria de Execuções de Precatórios e Cálculos – DEPRE;"

Acesso ao Sumário

Seção de Direito Público, nos termos da Resolução n. 623/2013 e do Regimento Interno desta Corte. Precedentes. Impetração não conhecida, com determinação."

(TJSP; Mandado de Segurança nº 2236381-96.2017.8.26.0000 – Órgão Especial; Relator: Desembargador ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ; Data do Julgamento: 07/03/2018; Data de Registro: 08/03/2018).

Portanto, sendo este colendo órgão julgador incompetente para julgar o feito, devem os autos serem redistribuídos a uma das Câmaras da Sessão de Direito Público, nos termos do artigo 233 do RITJSP[3] e artigo 3º, I.1 da Resolução TJSP nº 623/2013[4].

Ante o exposto, não conheço do presente Mandado de Segurança, determinando a sua redistribuição a uma das Câmaras da Seção de Direito Público deste egrégio Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 0038376-55.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são (...) M.G.J., PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO e DIRETOR DE PESSOAL 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. 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 50.228OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (Presidente), EVARISTO DOS SANTOS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, FIGUEIREDO GONÇALVES, 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 MON-

Acesso ao Sumário

3 "Art. 233. Compete às Câmaras julgar, originariamente, mandados de segurança contra atos de juízes de primeira instância, membros do Ministério Público e outras autoridades, ressalvada a competência do Órgão Especial."

4 "Art. 3º. A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:

I – 1ª a 13ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

I.1 – Ações relativas a concursos públicos, servidores públicos em geral, questões previdenciais e ações fundadas na Lei Estadual nº 4.819/1958;"

NERAT, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, EUVALDO CHAIB, FRANCISCO LOUREIRO e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 6 de março de 2024.

DAMIÃO COGAN, Relator

Ementa: Mandado de segurança cível. Pretensão de remoção de comarca sob o fundamento da união de cônjuges. Impetração contra ato do Juiz Assessor da Diretoria de Pessoal do Tribunal de Justiça. Preliminar de incompetência deste C. Órgão Especial, nos termos do artigo 74, III, da Constituição Estadual de São Paulo e artigo 13, inciso I, alínea "b", do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça. Remessa dos autos à redistribuição às Câmaras de Direito Público, da 1ª à 10ª, nos termos do artigo 3º, I.1, da Resolução nº 623/2013, deste C. Órgão Especial e do art. 233, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça. No mérito, falta requisitos para a obtenção da remoção, por ausência de vaga na Comarca e prejuízo ao serviço. Inteligência do artigo 130, da Constituição Estadual e artigos 234 e 235, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo. Discricionariedade da Administração, que analisa a conveniência e oportunidade da transferência entre Comarcas, sopesando-se a supremacia do interesse público sobre o particular (proteção à família), com vistas ao atendimento dos princípios da eficiência, finalidade e interesse público. Não se verifica certo e incontestável o direito que a impetrante alega ter sido violado, tampouco demonstrado ter sido o ato manifestamente inconstitucional ou ilegal da autoridade. Inexistência de direito líquido e certo. Segurança denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

M.G.J. impetrou o presente Mandado de Segurança, com pedido de liminar, contra ato do Exmo. Desembargador Presidente deste E. Tribunal de Justiça e do Diretor de Pessoal do Tribunal de Justiça pretendendo sua remoção/transferência para a Comarca de Batatais/SP.

Sustenta que prestou concurso público para preenchimento de vagas de Escrevente Técnico Judiciário do E. TJ/SP e foi nomeado para trabalhar na Comarca de Morro Agudo/SP, e, por residir na cidade de Batatais e ser casado com

a Sra. H.H.J., funcionária pública do Detran/SP (unidade de Batatais), solicitou junto ao Departamento Pessoal do E. TJ/SP, no dia 09/03/2023, com reiteração em 22/06/2023, a sua remoção/transferência para a Comarca de Batatais/SP, contudo, não houve manifestação.

Alega que através de Requerimento, o Departamento Pessoal do TJSP, informou que existem 15 cargos vagos de Escrevente Técnico Judiciário na 39ª Circunscrição Judiciária, região que engloba Morro Agudo/SP, local onde o Impetrante está lotado, e Batatais/SP, local para onde pleiteia a remoção.

Entende que a doutrina e jurisprudência têm se inclinado a conceder a remoção para união de cônjuges, independentemente de eventual interesse da Administração Pública, em razão da proteção constitucional à família dada pelo artigo 226, da Constituição Federal, artigo 130, da Constituição Estadual de São Paulo, além dos artigos 234 e 235, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo (Lei 10.261/68).

Requer a concessão da segurança para que se determine à autoridade impetrada a conceder a transferência pleiteada.

O D. Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Batatais, por decisão de fls. 40/41 declinou de sua competência e determinou a redistribuição a uma das Varas da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo/SP.

Recebidos os autos pelo Juízo da 14ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, que determinou a redistribuição ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 74, III, da Constituição Estadual (fls. 45).

Foi indeferida a liminar e deferido o pedido de justiça gratuita (fls. 53).

Prestou informações o Exmo. Desembargador Presidente deste E. Tribunal pontuando pela ausência de direito líquido e certo por não estarem presentes todos os requisitos para a concessão da remoção por união de cônjuges. Afirma que o Juízo de Morro Agudo concordou com a remoção, mediante reposição, a demonstrar que a simples liberação do servidor prejudicará o serviço. O Juiz Assessor da Presidência indeferiu a remoção em razão da falta de vagas na Comarca, anotando sua preferência sobre eventual vaga que surja. Colacionou julgados das Câmaras de Direito Público deste Tribunal no sentido de que a movimentação de servidores deve atender à conveniência do serviço público e ausência de prejuízo a este, assim como à existência de vaga. Aduz que a especial proteção à família não pode ser visto de forma absoluta, devendo os interessados observarem o enquadramento legal para que não se cometam injustiças ou a preterição em favor de uma pequena parcela social, e deve ser embasado em critérios de conveniência e oportunidade, em que prevalece a supremacia do interesse público sobre o privado. (STJ, REsp 1311588/RN, Rel. Min. Eliana Calmon, l. 16.10.2012 e AgRg no REsp nº 1.453.357/RN, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 07/08/2014). Pleiteia pela denegação da segurança (fls.57/68 e documentos de fls. 69/89).

Acesso ao Sumário

A D. Procuradoria Geral de Justiça opina pela denegação da segurança, em parecer assim ementado (fls. 94/96):

> ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. REMOÇÃO POR UNIÃO DE CÔNJUGE. INEXISTÊNCIA DE CARGO VAGO NA COMARCA PRETENDIDA. DENEGAÇÃO DA ORDEM DE SEGURANÇA.
> 1. Escrevente Técnico-Judiciário que apresentou pedido de remoção por união de cônjuge da Comarca de Morro Agudo para a Comarca de Batatais.
> 2. A concessão de remoção foi indeferida pela inexistência de cargo na comarca desejada, não havendo ilegalidade ou abuso de poder.
> 3. Denegação da ordem de segurança.
> É o relatório.

De início, cumpre salientar que não obstante o impetrante tenha indicado como autoridade coatora o D. Presidente deste Tribunal, o ato impugnado foi proferido por Juiz Assessor da Presidência, da Secretaria de Gestão de Pessoas, como se observa da decisão cuja cópia foi juntada a fls. 85:

> PROCESSO Nº: 373.358-A/AP-01
> INTERESSADO: M.G.J.
> Escrevente Técnico Judiciário do Ofício Judicial da Comarca de Morro Agudo
> ASSUNTO: Relotação
> PARECER Nº: 3251/2023 – ay
> Vistos.
> Considerando que não há unidade na Comarca pretendida que enseje o incremento do quadro funcional, **indefiro** a solicitação.
> Anote-se o pedido, a fim de que seja analisado quando se mostrar necessária a nomeação de Escrevente Técnico Judiciário junto à Comarca de Batatais, a fim de que tal vaga seja então suprida pela relotação do serventuário em tela.
> São Paulo, data registrada à margem direita.
> CÉSAR AUGUSTO FERNANDES
> Juiz Assessor da Presidência

Acesso ao Sumário

Em nenhum momento houve decisão do Presidente, de forma que este C. Órgão Especial não possui competência para julgar mandado de segurança impetrado contra ato do Juiz Assessor da Presidência deste Tribunal de Justiça de São Paulo, autoridade não elencada no artigo 74, inciso III, da Constituição Estadual Paulista e no artigo 13, I, "b", do Regimento Interno deste Tribunal:

> **Artigo 74, CESP** – Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente:
> **III** – os **mandados de segurança** e os "habeas data" contra atos do ***Governador, da Mesa e da Presidência da Assembleia, do próprio Tribunal ou de algum de seus membros, dos Presidentes dos Tribunais de Contas do Estado e do Município de São Paulo, do Pro-***

curador-Geral de Justiça, do Prefeito e do Presidente da Câmara Municipal da Capital.

Art. 13, RITJSP – Compete ao Órgão Especial:

I – processar e julgar, originariamente:

b) os **mandados de segurança** e os habeas data **contra ato do próprio Órgão Especial, do Conselho Superior da Magistratura e de seus integrantes, das Turmas Especiais, da Câmara Especial e relatores que as integrem, dos Presidentes das Comissões de Concurso de Ingresso na Magistratura e de Outorga de Delegações e do Desembargador Coordenador da Diretoria de Execuções de Precatórios e Cálculos - DEPRE**;

É, portanto, o caso de não conhecimento da demanda, vez que este Órgão Especial não possui competência para julgar mandado de segurança contra ato de Juiz de Direito, ainda que no desempenho de competência delegada.

Assim, reconhecida a incompetência deste C. Órgão Especial, de acordo com o artigo 64, § 3º, do Código de Processo Civil, devem os autos serem remetidos ao juízo competente:

Art. 64. CPC. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação.

§ 1º A incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício.

§ 2º Após manifestação da parte contrária, o juiz decidirá imediatamente a alegação de incompetência.

§ 3º Caso a alegação de incompetência seja acolhida, os autos serão remetidos ao juízo competente.

O artigo 233, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça atribui competência às Câmaras julgar mandados de segurança contra atos de juízes:

Art. 233. Compete às Câmaras julgar, originariamente, mandados de segurança contra atos de juízes de primeira instância, membros do Ministério Público e outras autoridades, ressalvada a competência do Órgão Especial.

Assim vem decidindo este C. Órgão Especial:

MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração contra ato do Juiz Assessor da Presidência, que indeferiu pedido de relotação da impetrante. Autoridade impetrada é Juiz Assessor que atua por delegação tácita do Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça. Incompetência deste Colendo Órgão Especial para conhecer do presente mandado de segurança, de acordo com o artigo 13, inciso I, alínea "b", do Regimento interno deste Tribunal e com a Súmula nº 510, do Supremo Tribunal Federal. Impetração não conhecida, com determinação de redistribuição dentre as 1ª e 13ª Câmaras da Seção de Direito Público. (TJSP; Mandado de Segurança Cível 2220639-31.2017.8.26.0000; Relator: Alex Zilenovski; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 20/06/2018; Data de Registro: 23/06/2018)

"MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE JUÍZA ASSESSORA

Acesso ao Sumário

DA PRESIDÊNCIA, QUE DETERMINOU SE AGUARDASSE MELHOR OPORTUNIDADE PARA A ALTERAÇÃO DO POSTO DE TRABALHO DE SERVIDOR PÚBLICO – AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA QUE ATUA POR DELEGAÇÃO TÁCITA DO PRESIDENTE DESTA CORTE – SÚMULA Nº 510 DO E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – INCOMPETÊNCIA DESTE COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL PARA CONHECER DO MANDAMUS – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 13, INCISO I, ALÍNEA 'B', DO REGIMENTO INTERNO – PRECEDENTES – IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA, COM DETERMINAÇÃO DE REDISTRIBUIÇÃO A UMA DAS CÂMARAS NUMERADAS ENTRE 1ª E 13ª DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO". "Não assiste a este C. Órgão Especial competência originária para julgar mandado de segurança contra ato de Juiz de Direito, ainda que no desempenho de função delegada, diante do rol previsto no artigo 13, inciso I, alínea 'b', do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal Justiça". (TJSP; Mandado de Segurança Cível 2023491-41.2019.8.26.0000; Relator: Renato Sartorelli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 24/04/2019; Data de Registro: 25/04/2019)

O artigo 3º, da Resolução nº 623/2013, deste C. Órgão Especial do Tribunal de Justiça, que dispõe sobre a composição deste Tribunal e fixa a competência de suas seções, indica que a presente demanda é de competência da Seção de Direito Público, da 1ª à 13ª Câmaras:

Art. 3º. A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:

I – **1ª a 13ª Câmaras**, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

I.1 – Ações relativas a concursos públicos, **servidores públicos em geral**, questões previdenciárias e ações fundadas na Lei Estadual nº 4.819/1958;

Assim, preliminarmente, não se conhece da presente ação, determinando a remessa dos autos para redistribuição dentre as 1ª e 13ª Câmaras da Seção de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça.

Caso não acolhida a preliminar de incompetência deste C. Órgão Especial, passa-se à análise do mérito.

A Constituição Estadual de São Paulo, no artigo 130, assim determina:

Artigo 130 – Ao servidor será assegurado **o direito de remoção** para igual cargo ou função, no lugar de residência do **cônjuge**, se este também for servidor **e houver vaga**, nos termos da lei.

Parágrafo único – O disposto neste artigo aplica-se também ao servidor cônjuge de titular de mandato eletivo estadual ou municipal.

A Lei Estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, atualizada pela Lei

Acesso ao Sumário

Complementar nº 1.374, de 30 de março de 2022, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo, no Capítulo VI, que trata da assistência ao funcionário, aponta como requisitos ao direito de remoção ao local de residência do cônjuge a existência de vaga e ausência de prejuízo ao serviço:

> **CAPÍTULO VI**
> **Da Assistência ao Funcionário**
>
> **Artigo 234** – Ao funcionário é **assegurado o direito de remoção** para igual cargo no local de residência do cônjuge, **se este também for funcionário e houver vaga**.
>
> **Artigo 235** – Havendo vaga na sede do exercício de ambos os cônjuges, a remoção poderá ser feita para o local indicado por qualquer deles, **desde que não prejudique o serviço**.
>
> **Artigo 236** – Somente será concedida nova remoção por união de cônjuges ao funcionário que for removido a pedido para outro local, após transcorridos 5 (cinco) anos.
>
> **Artigo 237** – Considera-se local, para os fins dos arts. 234 a 236, o município onde o cônjuge tem sua residência.

A questão, portanto, demanda certa discricionariedade da Administração, que analisará a conveniência e oportunidade da transferência entre Comarcas, sopesando-se a supremacia do interesse público sobre o particular (proteção à família), com vistas ao atendimento dos princípios da eficiência, finalidade e interesse público.

A esse respeito, colhe-se da doutrina os princípios da eficiência e do interesse público:

> O **princípio da eficiência** exige que a atividade administrativa seja exercida com **presteza, perfeição e rendimento funcional**. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já **não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros**. O princípio deve ser entendido e aplicado no sentido de que a atividade administrativa (causa) deve buscar e produzir um resultado (efeito) razoável em face do atendimento do interesse público visado. (...)
>
> O **princípio do interesse público** está intimamente ligado ao **da finalidade**. A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela **busca do interesse geral**, ou seja, da coletividade; não do Estado ou do aparelhamento do Estado. (Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro. 42 ed. atual. até a Emenda Constitucional 90/2015. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 105 e 113)

Assim, não foram preenchidas duas condições para o direito à remoção:1) **não há vaga**, conforme comprovado pelo sistema de histórico funcional; e, 2) caso ocorra sua remoção, haverá **prejuízo ao serviço**, uma vez que o MM. Juiz

Acesso ao Sumário

de Direito da Comarca de Morro Agudo (atual lotação do impetrante) concordou com o pedido de remoção, mediante reposição, o que demonstra a impossibilidade de sua liberação.

Anote-se, ainda, que o documento de fls. 83 indica que o impetrante está em teletrabalho (Resolução 850/21) a partir de 03.07.2023.

Não destoa desse entendimento a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça que, apesar de diferente legislação a ser aplicada aos servidores federais, aponta que a tutela à família não é absoluta, devendo cumprir as hipóteses previstas para a concessão da remoção:

> A jurisprudência desta Corte vem afirmando que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, consagra o princípio da proteção à família como base da sociedade brasileira e dever do Estado.
> Contudo, a tutela à família não é absoluta. Para que seja deferido o deslocamento do servidor pelo Judiciário, nos casos em que a pretensão for negada pela Administração, ele tem de comprovar que sua situação se subsume a uma das hipóteses taxativamente previstas para concessão do benefício quando inexistente interesse administrativo no ato. Precedentes. (STJ, AgInt no REsp n. 1.858.368/MS, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 19/8/2022.)
> Embora a remoção de servidor público para acompanhar cônjuge, prevista no inciso III do art. 36 da Lei n. 8.112/1990, por analogia, tenha como propósito a preservação da unidade familiar, à qual o Estado deve dispensar proteção especial (art. 226 da CF), não pode referido princípio ser aplicado de forma indiscriminada, "merecendo cada caso concreto uma análise acurada de suas particularidades" (STJ, AgRg no REsp 1.201.626/RN, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 14/2/2011).
> Dessa forma, autorizar remoção da servidora seria chancelar a prevalência do interesse privado sobre o público e negar vigência ao princípio da eficiência, à revelia do que dispõe a Constituição Federal. (STJ, AgInt no RMS n. 62.866/MA, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 31/8/2020, DJe de 2/9/2020.)

Embora a remoção de servidor público para acompanhar cônjuge esteja prevista tanto na Constituição Estadual como no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, e tenha como propósito a preservação da unidade familiar, à qual o Estado deve dispensar proteção especial, de acordo com o previsto na Carta Maior *(art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado)*, esse princípio não pode se aplicar de forma indiscriminada, mas devem ser observados os requisitos legais, em atenção ao atendimento do interesse público.

Acesso ao Sumário

Assim, não se verifica certo e incontestável o direito que o impetrante alega ter sido violado, tampouco demonstrado ter sido o ato manifestamente inconstitucional ou ilegal da autoridade, devendo a ordem ser denegada.

Sobre direito líquido e certo, Hely Lopes Meirelles define que "é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração" (Mandado de segurança. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 38).

Dizia a Constituição de 1934 que *"dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade"*.

Anota **Themístocles Brandão Cavalcanti** que *"Pedro Lessa foi quem introduziu a expressão 'certo, líquido e incontestável' nos julgados do Supremo Tribunal, e apesar das críticas feitas, exprimia, com precisão, salvo o rigor da técnica das expressões usadas, as exigências dos Juízes daquele Tribunal para que pudesse ampliar o conceito clássico do habeas-corpus e outros direitos que não os concernentes à liberdade física"*.

Para o **Ministro Carlos Maximiliano**, anota **Castro Nunes**, *"é o direito translúcido, evidente, acima de toda dúvida razoável, apurável de plano, sem detido exame, nem laboriosas cogitações"*, o que levou o último a considerar que *"entendidas desse modo as palavras do texto constitucional, só as questões muito simples estariam ao alcance do Mandado de Segurança"*, concluindo que *"tais questões não são as que comumente dão entrada em juízo. Aliás, o critério seria por demais individual ou subjetivo: a questão que parecesse simples a um juiz, difícil e complicada poderia ser para outro, menos enfronhado no assunto"*.

Inicialmente chegou-se a entender que direito líquido e certo fosse aquele que não demandasse maiores considerações, ou que não ensejasse dúvidas, sob o prisma jurídico.

Anota **Arnold Wald** que a partir, todavia, da Constituição de 1946, evoluiu a doutrina e a jurisprudência, fixando-se, então, critérios objetivos para a determinação do que fosse direito líquido e certo.

O artigo 141, parágrafo 24º, dessa Constituição tinha a seguinte redação: *"Para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder"*.

Celso Agrícola Barbi lembra que a substituição da expressão direito *"certo e incontestável"* por direito *"líquido e certo"*, na citada Constituição de 1946, foi altamente benéfica, acabando com intermináveis controvérsias estabelecidas e simplificando grandemente a questão.

Acrescenta que o conceito de direito líquido e certo *"é pedra de toque, a chave de abóbada de todo edifício"*, motivo pelo qual se torna necessário caracterizá-lo com clareza.

O **Ministro Costa Manso**, em voto proferido no Mandado de Segurança nº 333, em 9 de dezembro de 1936, colocou lapidarmente o problema:

Acesso ao Sumário

"Entendo que o artigo 113, nº 33, da Constituição, empregou o vocábulo 'direito' com sinônimo de 'poder ou faculdade', decorrente da 'lei' ou 'norma jurídica' (direito subjetivo). Não aludiu à própria 'lei ou norma' (direito objetivo). O remédio judiciário não foi criado para a defesa da lei em tese. Quem requer o mandado defende 'o seu direito', isto é, o direito subjetivo reconhecido ou protegido pela lei. O direito subjetivo, o direito da parte, é constituído por uma relação entre a lei e o fato. A lei, porém, é sempre certa e incontestável. A ninguém é lícito ignorá-la, e com o silêncio, a obscuridade, a indecisão dela não se exime o juiz de sentenciar ou despachar (Código Civil, art. 5º da Introdução). Só se exige prova do direito estrangeiro ou de outra localidade, e isso mesmo se não for notoriamente conhecido. O fato é que o peticionário deve tornar certo e incontestável, para obter Mandado de Segurança. O direito será declarado e aplicado pelo juiz, que lançará mão dos processos de interpretação estabelecidos pela ciência para esclarecer os textos obscuros ou harmonizar os contraditórios. Seria absurdo admitir se declare o juiz incapaz de resolver 'de plano' um litígio sob o pretexto de haver preceitos legais esparsos, complexos ou de inteligência difícil ou duvidosa. Desde, pois, que o fato seja certo, e incontestável, resolverá o juiz a questão de direito, por mais intrincada e difícil que se apresente, para conceder ou denegar o mandado de segurança".

Essa colocação conceitua o mandado de segurança sem influência dos remédios processuais que o antecederam nos tribunais, que *"nada mais é que um processo de rito sumaríssimo, para o uso contra certos atos de autoridades, lesivos de direitos individuais, cabível sempre que não haja incerteza sobre os fatos"*.

No voto proferido pelo **Ilustre Costa Manso**, afirmou-se que *"se é certo o fato, certo será o direito, porque certa é sempre a lei"*, com o que não concordou, em parte, Castro Nunes, ao dizer que mudava *"os termos da questão"*, pois lhe parecia correto que *"certo será o direito se for certo o fato e certo o fundamento legal"*, situando-se a crítica no segundo elemento, ou no fundamento legal, na apreciação do ato impugnado.

"É dever legal da autoridade no prestar o fato ou dele abster-se. Esse dever há de estar na lei inequivocamente.

Se a lei é obscura ou presta-se razoavelmente a mais de um entendimento, não vejo como se possa compelir a autoridade a praticar ou abster-se de praticar ato da sua função".

Anota **Castro Nunes** que *"'direito líquido e certo' ou que assim deva ser declarado situa-se, como já ficou explicado, no plano jurídico da obrigação certa quanto à sua existência, determinada quanto ao seu objeto e líquida na prestação exigida.*

Se é certa a obrigação da autoridade, se em termos suficientemente precisos na lei o dever de abster-se ou de praticar um dado ato, será esse ato ou

essa abstenção devida o objeto do pedido. A obrigação será certa e determinada e por igual o direito reclamado.

Líquido está no texto como reforço de expressão, mais na acepção vulgar de escoimado de dúvidas, o que equivale a certo, do que no sentido correlato da obrigação correspondente".

Dessa forma, direito líquido e certo é o que se apóia em fatos incontroversos, incontestáveis".

Esclarece **Barbi** que *"o conceito de direito líquido e certo é tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isto normalmente só se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos".*

Arnold Wald traz à colação o Mandado de Segurança nº 2.942, julgado em 20 de julho de 1953, pelo Tribunal Federal de Recursos, sendo Relator o Ministro Sampaio Costa.

"A liquidez e certeza do direito não decorrem de situações de fato ajustadas com habilidade, mas de sua apresentação, estreme de dúvidas, permitindo ao julgador não só apurá-lo, como verificar a violência praticada" (Mandado de Segurança na Justiça Criminal e Ministério Público: legislação: Ministério Público nas Constituições de 25 países. 2ª ed. aum. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 55 a 58, de autoria do subscritor).

Nesse sentido firmou entendimento este C. Órgão Especial em inúmeros julgados:

> MANDADO DE SEGURANÇA. Administrativo. Remoção por união de cônjuges. Alegação de preenchimento das condições legais e na inexistência de apreciação do requerimento formulado. Interesse de agir. Carência. Decisão da nobre Autoridade Coatora, que rejeitou a pretensão atirada. Ausência, ademais, de direito líquido e certo. Interesse público a não recomendar, por ora, a transferência. DENEGAÇÃO DA ORDEM por força do indeferimento da petição inicial à míngua do preenchimento das condições da ação. (Lei nº 12.016/2009, artigo 6º, § 5º, em harmonia com o artigo 485, inciso I, do CPC). (TJSP; Mandado de Segurança Cível 2057515-61.2020.8.26.0000; Relator: Beretta da Silveira; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 24/06/2020; Data de Registro: 25/06/2020)
>
> MANDADO DE SEGURANÇA Escrevente Técnico Judiciário. Remoção por união de cônjuges. Esposo servidor do Ministério Público da União. Indeferimento na esfera administrativa. Requisitos legais não preenchidos. Indeferimento devidamente justificado, em razão do número deficitário de servidores na localidade. Ausente direito líquido e certo. Precedentes. Ordem denegada. (TJSP; Mandado de Segurança Cível

Acesso ao Sumário

2018228-91.2020.8.26.0000; Relator: Evaristo dos Santos; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 13/05/2020; Data de Registro: 15/05/2020)

MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDORA PÚBLICA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – REMOÇÃO POR UNIÃO DE CÔNJUGES – Direito da servidora à remoção, para o lugar de residência do esposo (art. 130 da Constituição Estadual e arts. 234 e 235 da Lei nº 10.261/68) – Pedido indeferido na esfera administrativa – Requisitos legais não preenchidos – Inexistência de direito líquido e certo a ser tutelado – Segurança denegada. (TJSP; Mandado de Segurança Cível 2082865-22.2018.8.26.0000; Relator: Moacir Peres; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 19/09/2018; Data de Registro: 21/09/2018)

MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE INDEFERIU PEDIDO DE REMOÇÃO POR UNIÃO DE CÔNJUGES FORMULADO PELA IMPETRANTE. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. TRANSFERÊNCIA SUJEITA À AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO SERVIÇO PÚBLICO. DECISÃO DISCRICIONÁRIA DO ADMINISTRADOR. AUSÊNCIA DE PROVA DE ABUSIVIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. (TJSP; Mandado de Segurança Cível 0160237-28.2011.8.26.0000; Relator: Campos Mello; Órgão Julgador: Órgão Especial; N/A – N/A; Data do Julgamento: 15/02/2012; Data de Registro: 07/03/2012)

Dessa forma, inexistindo violação a direito líquido é certo, é de ser denegada a ordem.

Isso posto, **denega-se a segurança.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 0042140-35.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante JUDITH SILVA RUSSO, 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, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. FERNANDO TORRES GARCIA. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. XAVIER DE AQUINO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 57.979)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XAVIER DE AQUINO (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRES-

Acesso ao Sumário

CIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, RENATO RANGEL DESINANO, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, PAULO ALCIDES, FRANCISCO LOUREIRO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES e RICARDO DIP.

São Paulo, 3 de abril de 2024.

FIGUEIREDO GONÇALVES, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Extinção de pedido de sequestro de valores. Sequestro sem a aplicação da EC 62/09. Impossibilidade. Incidência do Tema 519 do c. STF. Juízo de retratação – Denegação da segurança.

VOTO

Estes autos tratam de mandado de segurança impetrado por Armando Novelli contra ato do Exmo. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 64-65), que determinou a extinção do pedido de sequestro formulado em face da Municipalidade de São Paulo (autos nº 0298781-93.2011.8.26.0000). Pugna, a impetrante, em síntese, pelo prosseguimento do pedido de sequestro sem a aplicação pagamento trazido pela EC nº 62/09.

A liminar foi deferida às fls. 72-73.

Informações às fls. 76-81.

Houve suspensão da decisão pelo Exmo. Min. Cezar Peluso (fls. 85-87).

Manifestação da Municipalidade às fls. 96-139.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela concessão da segurança (fls. 149-161).

A ordem foi concedida por este C. Órgão Especial, para, afastada a decisão impugnada, determinar o prosseguimento do pedido de sequestro em seus ulteriores termos e sem a aplicação da Emenda Constitucional n.º 62/09 (fls. 163-168).

Houve interposição de Recurso Extraordinário por parte do Município de São Paulo (fls. 197-215).

O recurso foi sobrestado por decisão do Exmo. Vice-Presidente desta Corte, ante a *"existência de repercussão geral da questão constitucional relativa ao sequestro de verbas públicas para pagamento de precatórios anteriores à Emenda Constitucional n. 62/2009, o que ensejou o tema de número 519* (...)*"* (fls. 248-249).

Agora, o Exmo. Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça informa às fls. 265-266 que *"Nos autos do RE nº 659.172, o E. Supremo Tribunal Federal*

Acesso ao Sumário

reconheceu a existência de repercussão geral e editou o tema no 519, com a tese de que o regime especial de precatórios trazido pela Emenda Constitucional nº 62/2009 aplica-se aos precatórios expedidos anteriormente a sua promulgação, observados a declaração de inconstitucionalidade parcial quando do julgamento da ADI nº 4.425 e os efeitos prospectivos do julgado.".

Tendo em conta que o acórdão recorrido concedeu a segurança para o prosseguimento do sequestro, ante o entendimento de que a regra da Emenda Constitucional nº 62/09 não podia ser aplicada retroativamente, abre-se a este órgão julgador, com base no artigo 1040, inciso II do CPC, a possiblidade de retratação.

É o relatório.

Como é cediço, a jurisprudência deste C. Órgão Especial fixou entendimento no sentido da inconstitucionalidade da retroação prevista na EC n. 62/2009, de modo que as alterações introduzidas ao corpo da Carta Federal somente poderiam ser aplicadas em situações futuras, sob pena de ofensa ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e à coisa julgada (cf. Mandado de Segurança n.º 047319-52-2010; Agravo Regimental n.º 990.09.365593-4; Agravo Regimental n.º 994.09.230953-7/5; Intervenção Estadual n.º 994.09.229278-6).

Com base neste entendimento, o *writ* foi concedido à parte impetrante, para sobrepor a decisão do então Presidente desta Corte e determinar o seguimento do sequestro de rendas da municipalidade.

Em que pesem tais razões, o Tema 519, recentemente editado pela Corte Excelsa, dispôs o seguinte:

> *"O regime especial de precatórios trazido pela Emenda Constitucional nº 62/2009 aplica-se aos precatórios expedidos anteriormente a sua promulgação, observados a declaração de inconstitucionalidade parcial quando do julgamento da ADI nº 4.425 e os efeitos prospectivos do julgado."*

Ocorre que neste regime erigido pela aludida Emenda Constitucional proibiu-se o sequestro de valores públicos para quitação de precatórios, contrariando a sistemática até então vigente para parcelamento, que assegurava o sequestro sempre que houvesse preterição da ordem de precedência ou não inclusão da verba em orçamento.

Nesta senda, a motivação que sustentava a decisão tomada no presente *writ* não mais tem espaço, ante o efeito vinculante da decisão proferida pela Corte Maior.

Assim, em juízo de retratação, com supedâneo no artigo 1040, inciso II do CPC, voto pela denegação da segurança.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação Criminal/Notícia de Crime nº 2002209-68.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é representante PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são representados. (...) (DEPUTADO ESTADUAL) e (...).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DETERMINARAM O ARQUIVAMENTO DOS AUTOS, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.933)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, FIGUEIREDO GONÇALVES, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, RENATO RANGEL DESINANO, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, PAULO ALCIDES, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 13 de março de 2024.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: Representação criminal – Deputado Estadual – Suposta prática de ato de improbidade administrativa e de falsidade ideológica – nomeação de assistente parlamentar não obstante a inelegibilidade do indicado para a vaga, nos termos do art. 111-A da CE, ante condenação precedente pelo art. 10, "caput", e inciso I, da Lei nº 8.429/1992 – plausível o desconhecimento do político acerca da presença do impedimento, dada declaração de idoneidade do nomeado e juntada de certidões negativas de condenações civis – ausência de dolo e, assim, de justa causa a autorizar a instauração da ação penal em relação ao político – continuidade das investigações, em primeira instância, quanto ao nomeado – Irrecusabilidade do requerimento formulado pelo titular da ação penal

Acesso ao Sumário

– Acolhimento do pleito.

VOTO

O Ministério Público apresenta promoção de arquivamento de representação criminal instaurada para apurar eventual prática de atos de improbidade administrativa previstos nos arts. 10 e 11 da Lei nº 8.429/1992, com reflexos penais, por (...), Deputado Estadual. As infrações teriam ocorrido quando da nomeação de (...) como assistente parlamentar, não obstante se enquadrasse nas condições de inelegibilidade para o cargo, consoante o art. 111-A da Constituição Estadual.

O nomeado, por seu turno, teria incorrido na prática do delito de falsidade ideológica, por ter assinado declaração afirmando a inexistência de qualquer impedimento e por ter apresentado certidão negativa de condenações civis por ato de improbidade administrativa. O deputado teria, de algum modo, concorrido para essa ação.

O Procurador de Justiça oficiante, por delegação do Procurador-Geral, aduz que não se vislumbra no caso atuação dolosa do deputado, descabendo propositura de ação. Argumenta que, ante o que se descobriu nas investigações, "não há como afirmar que o parlamentar tivesse conhecimento da causa impeditiva à nomeação, bem como de que a pessoa que indicara para a nomeação prestava declaração falsa no sentido da inexistência de qualquer óbice. Menos ainda se pode dizer que o deputado tenha prestado qualquer contribuição para a confecção do documento falso, induzindo, instigando ou auxiliando o seu autor" (fls. 01/06).

Em reexame necessário, o Conselho Superior do Ministério Público homologou o arquivamento (fls. 186/188).

É o relatório.

Como relatado, o Deputado Estadual (...) teria praticado ato de improbidade administrativa ao nomear (...) para o cargo em comissão de assistente parlamentar, não obstante a inelegibilidade do indicado para a vaga, nos termos do art. 111-A da CE, ante condenação precedente pelo art. 10, "caput", e inciso I, da Lei nº 8.429/1992 (fls. 36 e ss.)

Quanto ao próprio (...), ao firmar declaração, em 25.11.2021, de que não praticara "quaisquer dos atos tipificados como causa de inelegibilidade previstos na legislação federal" (fl. 177), teria incorrido em falsidade ideológica, com a concorrência do parlamentar.

Assim, no SEI nº (...), o Deputado (...) afirmou que desconhecia o impedimento do nomeado e acreditou em sua declaração de que estava em pleno gozo dos direitos políticos, fundado também em certidões negativas de condenações civis acostadas ao seu procedimento de admissão (fls. 118/121).

(...) alegou que ignorava o andamento do processo em que foi inculpado

Acesso ao Sumário

quando da assinatura da declaração, até pela falta de trânsito em julgado do acórdão naquela ocasião (fls. 146/156).

O nomeado acabou exonerado do cargo pela Decisão nº (...), com a sugestão de que, caso voltasse a ser indicado para nomeação, houvesse prévia consulta à procuradoria.

Analisadas as justificativas, a PGJ optou pela promoção de arquivamento daqueles autos "apenas em relação ao Deputado Estadual (...)", determinando o retorno do "procedimento à Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, para o prosseguimento das investigações em relação ao investigado (...)". Eis os fundamentos exarados para tanto:

"Constata-se a irregularidade da nomeação, tendo em vista que o acórdão confirmando a condenação do nomeado por ato de improbidade administrativa havia sido publicado em junho de 2021, tendo havido embargos de declaração por seu advogado em data de 17 de junho de 2021, sendo a declaração firmada em novembro do mesmo ano, o que afastaria a alegação de desconhecimento por parte do assessor.

O mesmo raciocínio não pode ser utilizado em relação ao Deputado. Sua alegação foi de que o assessor foi nomeado mediante declaração da inexistência de impedimento que ele, beneficiário da nomeação, desconhecia.

Não há elementos nos autos que indiquem ciência do Deputado da existência do impedimento, nem possibilidade de comprovação de seu dolo.

Houve, igualmente, consulta ao cadastro de condenados por improbidade administrativa com resultado negativo, já que a condenação não havia transitado em julgado.

Certo é que uma simples consulta no e-Saj poderia ter evitado a nomeação. Mas não se pode invocar tal omissão para imputar dolo ao parlamentar.

Diante do exposto, não havendo indícios suficientes da prática de ato de improbidade administrativa pelo Deputado Estadual (...), ou a necessidade de providência pertinente à atuação do Ministério Público, considerando que o funcionário já foi demitido, observados os procedimentos legais, e ausente justa causa para a instauração de inquérito civil, PROMOVO O ARQUIVAMENTO do presente inquérito civil, apenas em relação ao Deputado Estadual (...)" (fls. 176/179).

A conclusão foi homologada "ipsis literis" pelo Conselho Superior do Ministério Público (fls. 186/189).

Em decorrência, também nesta esfera manifesta-se o MP pelo arquivamento:

"Não há como afirmar que o parlamentar tivesse conhecimento da causa impeditiva à nomeação, bem como de que a pessoa que indicara para a nomeação prestava declaração falsa no sentido da inexistência de qualquer óbice. Menos ainda se pode dizer que o deputado tenha prestado qualquer contribuição para a confecção do documento falso, induzindo, instigando ou auxiliando o seu autor.

É cediço que a participação em crime cometido por terceiro exige,

Acesso ao Sumário

além da pluralidade de condutas e da relevância causal de cada uma delas, a existência de liame subjetivo entre os participantes.

É certo que, do quadro probatório delineado, não se pode extrair nenhum dos requisitos acima apontados, de modo a viabilizar a imputação da participação do deputado na prática do crime de falsidade ideológica, em tese, cometido por (...), ao redigir e firmar documento contendo declaração da inexistência de impedimento à sua nomeação.

Diante de todo exposto, em relação ao parlamentar, não resta caminho diverso do arquivamento do presente procedimento persecutório, sempre com as ressalvas do artigo 18 do Código de Processo Penal.

É o que requer a Procuradoria-Geral de Justiça.

Em relação a (...), após a homologação do arquivamento em face do Deputado (...), requer-se a remessa dos autos à Central de Inquéritos Policiais e Processos – CIPP, a fim de que, depois da devida distribuição ao Promotor de Justiça Natural, prossigam as investigações relacionadas ao primeiro" (fls. 05/06).

Bem lançadas as ponderações pelo arquivamento parcial, de qualquer forma, irrecusável, dado o caráter vinculante do posicionamento do MP, como disposto no art. 3º, I, da Lei 8.038/90.

Essa a compreensão do STF e deste C. Órgão Especial:

> "A promoção de arquivamento da Procuradoria-Geral da República configura juízo negativo sobre a viabilidade da persecução penal pelo órgão que detém, com exclusividade, a *opinio delicti* a partir da qual é possível, ou não, instrumentalizar o processo judicial. Consolidou-se a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de ser irrecusável o pedido de arquivamento do Procurador-Geral da República, como decorrência da prerrogativa constitucional da exclusiva titularidade da ação penal, ressalva feita às situações em que o pedido de arquivamento seja formulado sob o fundamento da atipicidade da conduta ou da extinção da punibilidade" (Pet 9595, Rel. Ministra Cármen Lúcia, j. 02.06.2021).
>
> Inquérito policial: arquivamento requerido pelo chefe do Ministério Público por falta de base empírica para a denúncia: irrecusabilidade. 1. No processo penal brasileiro, o motivo do pedido de arquivamento do inquérito policial condiciona o poder decisório do juiz, a quem couber determiná-lo, e a eficácia do provimento que exarar. 2. Se o pedido do Ministério Público se funda na extinção da punibilidade, há de o juiz proferir decisão a respeito, para declará-la ou para denegá-la, caso em que o julgado vinculará a acusação: há, então, julgamento definitivo. 3. Do mesmo modo, se o pedido de arquivamento – conforme a arguta distinção de Bento de Faria, acolhida por Frederico Marques –, traduz, na verdade, recusa de promover a ação penal, por entender que o fato, embora apurado, não constitui crime, há de o Juiz decidir a respeito e, se acolhe o fundamento do pedido, a decisão tem a mesma eficácia de coisa julgada da rejeição da denúncia por motivo idêntico (C.Pr.Pen., art. 43, I), impedindo denúncia posterior com base na imputação que

Acesso ao Sumário

se reputou não criminosa. 4. Diversamente ocorre se o arquivamento é requerido por falta de base empírica, no estado do inquérito, para o oferecimento da denúncia, de cuja suficiência é o Ministério Público o árbitro exclusivo. 5. Nessa hipótese, se o arquivamento é requerido por outro órgão do Ministério Público, o juiz, conforme o art. 28 C.Pr.Pen., pode submeter o caso ao chefe da instituição, o Procurador-Geral, que, no entanto, se insistir nele, fará o arquivamento irrecusável. 6. Por isso, se é o Procurador-Geral mesmo que requer o arquivamento – como é atribuição sua nas hipóteses de competência originária do Supremo Tribunal – a esse não restará alternativa que não o seu deferimento, por decisão de efeitos *rebus sic stantibus*, que apenas impede, sem provas novas, o oferecimento da denúncia (C.Pr.Pen., art. 18; Súmula 524). 7. O mesmo é de concluir, se – qual sucede no caso –, o Procurador-Geral, subscrevendo-o, aprova de antemão o pedido de arquivamento apresentado por outro órgão do Ministério Público. (Inq 1604 QO, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 13/11/2002, DJ 13-12-2002 PP-00092 EMENT VOL-02095-01 PP-00162).

"1. REPRESENTAÇÃO CRIMINAL. PROMOÇÃO DE ARQUIVAMENTO REQUERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. 2. ÓRGÃO MINISTERIAL QUE ENTENDE NÃO TER RESTADO DEMONSTRADA A PRÁTICA DE ILÍCITO PENAL. MANIFESTAÇÃO FORMULADA PELA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE DE REJEIÇÃO DO ARQUIVAMENTO CONFORME ENTENDIMENTO DESTE ÓRGÃO ESPECIAL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 3. ARQUIVAMENTO DETERMINADO" (TJSP; Representação Criminal/Notícia de Crime 2201416-53.2021.8.26.0000; Relator: Campos Mello; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 29/09/2021; Data de Registro: 01/10/2021).

"Representação Criminal/Notícia de Crime. Promoção de arquivamento do feito pela Procuradoria Geral de Justiça. Inteligência do art. 1º, da Lei nº 8.658/1993 e artigo 3º, inciso I, da Lei nº 8.038/90. Precedentes do E. STF e deste C. Órgão Especial. Promoção do arquivamento das peças de informação" (TJSP; Representação Criminal/Notícia de Crime 2152000-19.2021.8.26.0000; Relator: Damião Cogan; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 11/08/2021; Data de Registro: 03/09/2021).

"Representação criminal e inquérito policial apensado. Apuração da imputação da prática de crime a Deputado Estadual. Manifestação da Procuradoria de Justiça pela ausência de causa ao seguimento do feito. Promoção vinculativa e acatada. Arquivamento" (TJSP; Representação Criminal/Notícia de Crime 2121345-64.2021.8.26.0000; Relator: Claudio Godoy; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 07/07/2021; Data de Registro: 08/07/2021).

Acesso ao Sumário

Frente o exposto, com fulcro no art. 3º, I, da Lei 8.038/90, acolhe-se o requerimento apresentado pelo Ministério Público, determinando-se o arquivamento dos autos "em face do Deputado (...)" e ordenando "a remessa dos autos à Central de Inquéritos Policiais e Processos – CIPP, a fim de que, depois da devida distribuição ao Promotor de Justiça Natural, prossigam as investigações relacionadas" a (...).

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2267753-53.2023.8.26.0000, da Comarca de Caraguatatuba, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento do recurso para, confirmando a tutela provisória recursal, reformar a decisão impugnada a fim de conceder a tutela de urgência requerida perante o Juízo singular e, de consequência, determinar que o Município agravado mantenha os atendimentos do Conselho Tutelar nas regiões central e sul da cidade, nos termos da fundamentação supra. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº AI-0027/24-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, 16 de março de 2024.

TORRES DE CARVALHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: CONSELHO TUTELAR. Ação Civil Pública para o fim de compelir o Município de Caraguatatuba a manter os atendimentos do Conselho Tutelar na sede da região sul sem prejuízo dos atendimentos ofertados na região central. Decisão que indeferiu o pedido liminar. Insurgência do Ministério Público. Cabimento sob pena de afronta às garantias constitucionais do art. 227, CF e aos preceitos insculpidos pelo ECA. A concentração dos atendimentos somente na sede da região central é prejudicial aos munícipes da região sul, sobretudo pela demonstrada superioridade quantitativa de demanda naquela área e pela

Acesso ao Sumário

distância entre as sedes (10 KM), que prejudicam sobremaneira o acesso da população menos favorecida. Ausência de comprovação pelo Município quanto à reativação definitiva da sede do Conselho Tutelar da região Sul após a eleição dos novos membros. Recurso provido.

VOTO

1. Trata-se de agravo interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** nos autos da ação civil pública promovida em face do **MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA**, insurgindo-se contra decisão que indeferiu o pedido de liminar para compelir o ente público a manter os atendimentos do Conselho Tutelar na sede da região sul do município, sem prejuízo dos atendimentos já ofertados na região central (fls. 130/131, dos autos de origem).

Sustenta o órgão ministerial, em síntese, que a manutenção dos atendimentos do Conselho Tutelar na região sul de Caraguatatuba constitui medida garantidora dos direitos dos munícipes e defende que o ônus do deslocamento para atendimento deve recair sobre o Poder Público, com a devida equalização da força de trabalho neste momento de redução, uma vez que cada sede está somente com dois conselheiros, sob pena de afetar a proteção dos direitos infanto-juvenis, sobretudo porque a divisão do Conselho está estabelecida em lei complementar que não pode ser restringida por ato infralegal. Destaca, ainda, que não se pleiteia a manutenção da sede, mas sim a continuidade dos atendimentos, ainda que em outro equipamento público naquela região. Pede a concessão da liminar e, por fim, pugna pelo provimento do agravo (fls. 01/05).

Os autos foram, originalmente, distribuídos à 5ª Câmara de Direito Público e, por decisão monocrática do Excelentíssimo Desembargador Dr. Eduardo Prata Vieira, remetidos à Colenda Câmara Especial por força de sua competência jurisdicional exclusiva em matéria afeta à Infância e Juventude, nos termos dos arts. 148, IV, do ECA e 33, IV, do RITJSP (fls. 07/11).

Após a conclusão dos autos, foi deferida a tutela antecipada recursal para determinar a manutenção do atendimento do Conselho Tutelar na região sul do Município de Caraguatatuba, ao menos no horário das 8hs00 às 13hs00, duas vezes por semana, ainda que em outro equipamento público municipal, sem prejuízo do atendimento diário no núcleo central do órgão localizado na região central (fls. 14/17).

Houve resposta (fls. 23/27). A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 30/34).

É o relatório.

2. Fatos. Infere-se dos autos que o Conselho Tutelar de Caraguatatuba sofreu redução da sua força de trabalho, em razão de exoneração e afastamento

Acesso ao Sumário

de conselheiros ao longo da última gestão. Em razão do ocorrido, e sob a justificativa de preservar o número de horas mensais de trabalho dos servidores, foi aprovada a Resolução CMDCA nº 003/2023 (fls. 15/17, dos autos de origem), dispondo sobre a unificação das sedes do Conselho Tutelar e da nova carga provisória dos horários de trabalho e plantões dos conselheiros na ativa.

Além do quadro reduzido de Conselheiros (dois em cada sede), a Prefeitura atribuiu a aprovação da unificação à necessidade de que as decisões do Conselho sejam tomadas de forma colegiada, bem como à imprescindibilidade de acesso aos prontuários pelos Conselheiros e à inviabilidade do transporte diário desses documentos, levando em conta que a sede central, supostamente, apresentaria melhores condições de acessibilidade pelos munícipes (fls. 12, dos autos de origem).

Nesse contexto, foi proposta a ação civil pública em curso perante a origem cujo pedido de tutela de urgência restou ali indeferido (fls. 130/131, dos autos de origem), dando azo ao presente agravo e, posteriormente, consoante menção supra, no deferimento da antecipação de tutela recursal por esta Relatoria.

Em linha de continuidade, compulsando os autos de origem e o sítio eletrônico do Município[1], verifica-se que em 01.10.2023 foram eleitos dez candidatos à função de Conselheiro Tutelar, o que, segundo o documento proveniente do Gabinete da Prefeitura (fls. 157, dos autos de origem), permitiria a reabertura do Conselho Tutelar da Região Sul.

Nesse cenário, o MM. Juiz singular determinou ao ente público, no prazo de 15 dias, que prestasse esclarecimentos sobre a efetivação da referida reabertura (fls. 171, dos autos de origem).

Em resposta, foi acostado o documento de fls. 175, da origem, indicando a data da posse dos eleitos (10.01.2024), bem como, as datas em que realizada a sua capacitação. Não mais.

A imprecisão e falta de assertividade da resposta são patentes. Como bem ponderado pelo Ministério Público (fls.179, dos autos de origem), em que pese o Município tenha prestado as sobreditas informações, *"não houve efetiva comprovação acerca da reativação definitiva da sede do Conselho Tutelar Sul."*

Ademais, sob outra perspectiva, não se ignora que o Município deixou de renovar o contrato de locação da sede da região sul (fls. 18, dos autos de origem), o que, ao menos de forma indiciária, denota a intenção de manter os atendimentos unificados somente na região central, a despeito da alegada transitoriedade da situação (número reduzido de Conselheiros).

Pois bem.

De acordo com o estabelecido pelo art. 227 da Constituição Federal, é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à educação, à alimentação, ao lazer, à profissionalização, à

1 Com mais de 3 mil votos, Caraguatatuba elege novos Conselheiros Tutelares – Prefeitura de Caraguatatuba

cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Na esfera infraconstitucional, o aludido dever se concretizar por meio das garantias consagradas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/1990), dentre elas a instituição do Conselho Tutelar como órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente (art. 131 do ECA).

Cumpre destacar que o Conselho Tutelar, cujas atribuições estão dispostas no art. 136, do ECA, presta um serviço público essencial, amparado tanto pelo princípio da eficiência, que norteia a atuação dos órgãos públicos em geral (art. 37, da CF), quanto pelo princípio da prioridade absoluta à criança e ao adolescente (art. 227, *caput*, da CF e art. 4º, *caput* e par. único, do ECA), razão pela qual o número de Conselhos Tutelares deve ser proporcional não apenas à população, mas também à demanda, de modo a prestar um atendimento célere e eficiente aos munícipes, sobretudo para que haja atendimento em locais de difícil acesso, com contingente populacional significativo.

Na hipótese em concreto, a estruturação e divisão do Conselho Tutelar em dois núcleos tem fundamento nas características dimensionais de Caraguatatuba e decorre da Lei Complementar Municipal n. 73/2023, sendo inegável, portanto, que a unificação das sedes por intermédio de Resolução do CMDCA revela patente ilegalidade da referida norma, por contrariar a mencionada Lei Complementar.

Para além do exposto, restou demonstrado *in casu*, que a concentração dos atendimentos na região central do Município constituiria retrocesso na proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes da localidade.

A partir do Ofício nº 267/2023, proveniente do próprio Conselho Tutelar (fls. 06, dos autos de origem), verifica-se que a sede da região sul detém grande parte da demanda e que a maioria dos munícipes necessitaria utilizar o transporte público para acessar os serviços, o que, por óbvio, lhes dificultaria o atendimento e aumentaria o custo, sendo oportuno destacar que a distância entre as sedes é de aproximadamente dez quilômetros e que, em geral, a população atendida se encontra em situação de vulnerabilidade.

Vale registrar que segundo o relatório estatístico do Conselho Tutelar – Região Sul (fls. 39/129, dos autos de origem), no ano de 2022 foram computados 811 direitos violados e 491 atendimentos de crianças e adolescentes (fls. 114). Tal fluxo evidencia a importância da continuidade dos serviços naquela área do município.

Como se vê, a centralização do Órgão somente na sede da região central prejudicaria, sobremaneira, o acesso da população menos favorecida e, considerando a resposta imprecisa do ente municipal quanto à reabertura da sede sul,

Acesso ao Sumário

é o caso de acolher o pleito recursal ora examinado, confirmando-se a tutela antecipada deferida.

No mesmo sentido ponderou a D. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 32): *"O Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, encarregado de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente (art. 131 da Lei n. 8.069/1990), não sendo poucas suas atribuições na busca pela efetivação desses direitos, como se observa do artigo 136 do Estatuto.*

A decisão de centralização, embora voltada para a continuidade dos serviços prestados pelo órgão, ignora reflexos negativos cujo dano pode não ser reversível".

3. O voto é pelo **provimento** do recurso para, confirmando a tutela provisória recursal, reformar a decisão impugnada a fim de conceder a tutela de urgência requerida perante o Juízo singular e, de consequência, determinar que o Município agravado mantenha os atendimentos do Conselho Tutelar nas regiões central e sul da cidade, nos termos da fundamentação supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2338139-11.2023.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado M.R.P.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO ao recurso do Ministério Público de São Paulo (nº 2338139-11.2023.8.26.0000) e NEGARAM PROVIMENTO ao recurso do Município (nº 2001277-80.2024.8.26.0000). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 59.581)**

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, 22 de março de 2024.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVOS DE INSTRUMENTO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Cumprimento de sentença. Decisão que reduziu o valor total das astreintes de R$ 25.000,00 para R$ 10.000,00. Possibilidade de fixação de multa diária contra o Poder Público em caso de descumprimento

Acesso ao Sumário

da obrigação. Precedente do Superior Tribunal de Justiça, julgado sob a sistemática de recursos repetitivos. Direito à Educação de especial relevância constitucional. Proporcionalidade da medida verificada. Ausência de demonstração de prejuízo real ao orçamento do Município de Ribeirão Preto, notoriamente conhecido como importante centro comercial do interior paulista. Notícia de dezenas de cumprimentos de sentença, a despeito do ajuizamento de centenas de ACPs. Inadmissível a escusa de que a obrigação não foi cumprida por impossibilidade física (ausência de vagas). Milhares de crianças sem creche no município há anos. Rigor necessário para que o Município providencie, com urgência, mais vagas em creches. Verba que reverterá em favor dos próprios infantes e tem o intuito de evitar o ajuizamento de ações futuras com o mesmo objeto. Recurso do Ministério Público Provido. Recurso do Município desprovido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se do agravo de instrumento nº 2338139-11.2023.8.26.0000, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo Ministério Público de São Paulo contra a decisão de fls. 15/19 dos autos do cumprimento de sentença nº 0014932-27.2023.8.26.0506, que reduziu o valor total das astreintes para R$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do art. 537, § 1º do Código de Processo Civil.

Sustenta a parte agravante, em síntese, que a parte agravada tem descumprido reiteradamente as determinações de vaga em creche pública. Alega que o valor total da multa considerou o teto estabelecido em outros precedentes pelo Egrégio de Tribunal de Justiça no total de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) e que guarda proporcionalidade e razoabilidade com a demanda. Afirma que não cabe, neste momento processual, a redução do valor da multa estabelecido. Pede o provimento do recurso para que seja revogada a decisão e restabelecido o valor total da multa, ou que seja concedida a redução para valor correspondente ao limite para expedição de RPV.

Deferida a antecipação dos efeitos da tutela recursal (fls. 22/24).

Contraminuta juntada às fls. 30/38.

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso do Ministério Público (fls. 45/49).

Acesso ao Sumário

O Município também recorreu da mesma r. Decisão, agravo de instrumento nº 2001277-80.2024.8.26.0000 (apenso a estes autos) em que alegou, em síntese, que o valor total da multa deve ser reduzido. Aduz a impossibilidade de cumprimento imediato das decisões judiciais. Afirma que as astreintes devem visar compelir à efetividade dos julgados e não ser um meio de reparação de danos. Requer, seja dado provimento ao recurso, decretando-se a improcedência cobrança da multa ou a sua redução para R$ 3.000,00 (três mil reais).

Indeferida a antecipação dos efeitos da tutela recursal (fls. 31/33)

Contraminuta juntada às fls. 47/49.

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 30/31).

É o caso do julgamento em conjunto dos agravos interpostos.

É o relatório.

Inquestionável a possibilidade de fixação de multa por descumprimento de obrigação de fazer pelo ente estatal. A controvérsia de direito está há muito pacificada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça por meio de julgamento de recurso repetitivo:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC/1973. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA O TRATAMENTO DE MOLÉSTIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA (ASTREINTES) COMO MEIO DE COMPELIR O DEVEDOR A ADIMPLIR A OBRIGAÇÃO. FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO CONTEÚDO NORMATIVO INSERTO NO § 5º DO ART. 461 DO CPC/1973. DIREITO À SAÚDE E À VIDA. 1. Para os fins de aplicação do art. 543-C do CPC/1973, é mister delimitar o âmbito da tese a ser sufragada neste recurso especial representativo de controvérsia: possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros. 2. A função das astreintes é justamente no sentido de superar a recalcitrância do devedor em cumprir a obrigação de fazer ou de não fazer que lhe foi imposta, incidindo esse ônus a partir da ciência do obrigado e da sua negativa de adimplir a obrigação voluntariamente. 3. A particularidade de impor obrigação de fazer ou de não fazer à Fazenda Pública não ostenta a propriedade de mitigar, em caso de descumprimento, a san ção de pagar multa diária, conforme prescreve o § 5º do art. 461 do CPC/1973. E, em se tratando do direito à saúde, com maior razão deve ser aplicado, em desfavor do ente público devedor, o preceito cominatório, sob pena de ser subvertida garantia fundamental. Em outras palavras, é o direito-meio que assegura o bem maior: a vida. Precedentes: AgRg no AREsp 283.130/MS, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 8/4/2014; REsp 1.062.564/RS, Relator Ministro Castro

Acesso ao Sumário

Meira, Segunda Turma, DJ de 23/10/2008; REsp 1.062.564/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 23/10/2008; REsp 1.063.902/SC, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 1/9/2008; e AgRg no REsp 963.416/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 11/6/2008.

À luz da força vinculante do precedente, deve ser preservada a possibilidade de manter a multa fixada no caso em apreço.

Não se olvida da possibilidade de redução da multa, cujo valor não transita em julgado, permitida a diminuição ou majoração em razão das circunstâncias do caso concreto.

Contudo, respeitado entendimento em sentido diverso, não é o caso de alteração neste caso.

Em primeiro lugar, digno de nota que o Município de Ribeirão Preto não ofereceu impugnação ao cumprimento de sentença.

Ressalta-se, ainda, que justificou o descumprimento da obrigação de fornecer vagas em creche da seguinte forma (vide fls. 7/8 do agravo nº 2001277-80.2024.8.26.0000): ***"Por essas e outras, nem sempre é possível conseguir a vaga de imediato para a criança. É só por isso que a determinação judicial foi cumprida com atraso, o que é razoavelmente fácil de entender. Em nenhum momento o Município resistiu ao cumprimento das decisões proferidas pelo MM Juiz a quo. Evidente que não houve a perpetração de ato ilícito ou descumprimento de ordem judicial que justifique a manutenção da multa ou mesmo a sua fixação nos termos que se deu. O atraso no cumprimento da r. Decisão ocorreu somente em virtude da ausência imediata de vagas disponíveis dentro das salas de aula que assegure a segurança e o bem estar das crianças."***

O Município sequer cogitou como pretende resolver o grave problema de falta de vagas em creche. A escusa é inadmissível, quanto mais porque **há notícia de aproximadamente oito mil crianças à espera de vagas em creche (vide fl. 04 do agravo nº 2338139-11.2023.8.26.0000).**

Apesar de alegar *"limitação financeira"*, o Município de Ribeirão Preto, conhecido notoriamente como importante centro comercial do interior paulista, não apresentou qualquer número para esclarecer suposta dificuldade no cumprimento do dever constitucional de priorizar o atendimento às crianças.

Trata-se de direito fundamental da criança à educação, com especial relevância constitucional. Desse modo, não se vislumbra desproporcionalidade na multa de R$ 25.000,00, (vinte e cinco mil reais), guardada a proporção com outras decisões desta Câmara Especial. Nesse sentido:

Educação – Ação de Obrigação de Fazer – Fornecimento de vaga em creche – Sentença que indeferiu o pedido – Obrigação do Poder Público – Direito assegurado pela Constituição Federal e pelo ECA – Incidência das

Acesso ao Sumário

Súmulas 63 e 65 deste Tribunal – Responsabilidade prioritária do Município pelo atendimento da educação infantil – Irrelevância da existência de critérios administrativos para concessão de vaga – Impossibilidade de criação de listas de espera – Ausência de direito a escolha de escola específica – Administração que deve providenciar a vaga à criança em unidade escolar localizada em até dois quilômetros de sua residência – Reforma da r. sentença que se impõe para deferir o serviço educacional pleiteado – Aplicação de multa diária, no valor R$ 250,00, limitada a R$ 25.000,00 – Honorários arbitrados em R$ 950,00 – Valor obtido a partir de preceitos da modicidade, razoabilidade e proporcionalidade, em atendimento a art. 20, § 4º, CPC/73 – Apelação provida (TJSP; Apelação Cível 1012660-44.2015.8.26.0564; Relator: Renato Genzani Filho; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de São Bernardo do Campo – Vara da Infância e Juventude; Data do Julgamento: 26/11/2018; Data de Registro: 27/11/2018)

Apesar de centenas de ACPS, há notícia do ajuizamento de dezenas de execuções, de modo que a redução da multa poderá desestimular o cumprimento da obrigação nos prazos fixados judicialmente nas demais ações.

Consoante suso anotado: "a função das astreintes é justamente no sentido de superar a recalcitrância do devedor em cumprir a obrigação de fazer ou de não fazer que lhe foi imposta".

Importante ressaltar que **o próprio Ministério Público, ao ajuizar o cumprimento de sentença, já limitou a R$ 25.000,00 o valor total da multa, que seria em montante muito superior diante do número de crianças desatendidas e a quantidade de dias de atraso.**

Frise-se, ainda, que a decisão judicial foi descumprida por lapso temporal considerável, não houve qualquer justificativa de causa externa ou imprevisível, de modo que o valor total da multa decorre da própria desídia do município, não comportando revisão, nos termos do artigo 537, § 1º, do Código de Processo Civil.

Por fim, nos termos do disposto no artigo 214 do Estatuto da Criança e do Adolescente, "os valores das multas reverterão ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município". Por conseguinte, o valor da multa reverterá em favor das crianças prejudicadas com o descumprimento da obrigação em análise.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso do Ministério de São Paulo (nº 2338139-11.2023.8.26.0000) e **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso do Município (nº 2001277-80.2024.8.26.0000).

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1504574-45.2023.8.26.0047, da Comarca de Assis, em que é apelante E.O.D. (MENOR), é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 59469)**

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, 7 de março de 2024.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: APELAÇÃO. INFÂNCIA E JUVENTUDE – Ato infracional equiparado ao crime previsto no artigo 155, §§ 1º e 4º, inciso III, do Código Penal – Aplicação da medida socioeducativa de internação, nos termos dos artigos 112, VI, e 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente e art. 1º, § 2º, Lei nº 12.594/2012, e da medida protetiva de inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a toxicômanos, com fundamento no artigo 101, inciso VI do Estatuto da Criança e do Adolescente – Insurgência recursal restrita à medida socioeducativa de internação aplicada. Péssimas condições pessoais do adolescente – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo adolescente **E.O.D** contra a sentença de fls. 107/111, que julgou procedente a representação oferecida pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, reconhecendo a prática de ato infracional análogo ao crime previsto no artigo 155, §§ 1º e 4º, inciso III do Código Penal, com aplicação da medida socioeducativa de internação, nos termos dos artigos 112, VI, e 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente e art. 1º, § 2º, Lei nº 12.594/2012, e da medida protetiva de inclusão em programa

Acesso ao Sumário

oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a toxicômanos, com fundamento no artigo 101, inciso VI do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Apelou o representado às fls. 120/124, pugnando pela aplicação da medida de liberdade assistida em detrimento da medida de internação.

Apresentadas contrarrazões (fls. 130/133), subiram os autos e a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento (fls. 140/144).

É o relatório.

Consta da representação (fls.01/02) que, no dia (...), em horário incerto, mas durante a madrugada, antes das (...), na Rua (...), em (...), E.O.D. subtraiu, para si, com emprego de chave falsa, o veículo FIAT UNO, cor verde, pertencente à vítima V.R.

Encerrada a instrução processual, sobreveio sentença de procedência reconhecendo a autoria e a materialidade do ato infracional correspondente ao crime previsto no artigo 155, §§ 1º e 4º, inciso III do Código Penal, com aplicação da medida socioeducativa de internação, nos termos dos artigos 112, VI, e 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente e art. 1º, § 2º, Lei nº 12.594/2012, e da medida protetiva de inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a toxicômanos, com fundamento no artigo 101, inciso VI do Estatuto da Criança e do Adolescente (fls. 107/111).

O recorrente insurge-se, exclusivamente, contra a medida socioeducativa de internação aplicada, considerando-a mais adequada às suas condições pessoais e necessidades pedagógicas.

Conforme o artigo 100, *caput*, e parágrafo único, VIII, e artigo 113, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando da aplicação das medidas, devem ser levadas em conta as necessidades pedagógicas do adolescente, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, além dos princípios da proporcionalidade e atualidade, de modo que a intervenção seja necessária e adequada à situação de perigo em que o adolescente se encontra no momento em que a decisão é tomada. Ainda, nos termos do art. 112, § 1º, do Estatuto, *"a medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração"*.

Com efeito, as condições pessoais do apelante não lhe favorecem.

Em Juízo, o jovem afirma que não frequenta a escola e detalha que subtraiu o veículo para "ficar de bobeira", o que demonstra uma postura de absoluta banalização frente à prática delitiva.

O adolescente possui considerável histórico infracional, contando com diversas passagens pela Vara da Infância e Juventude pela prática de atos infracionais, dentre eles o equiparado ao crime de tráfico de drogas (fls. 23/30), e no momento da sentença cumpria internação sanção em virtude de descumprimento da medida de semiliberdade que lhe havia sido imposta, conforme fl. 63.

Ressalte-se que poucos dias antes de delinquir novamente, lhe havia sido

Acesso ao Sumário

aplicada medida socioeducativa de meio aberto, que, evidentemente, não foi suficiente para mantê-lo afastado da delinquência.

Diante de tal quadro, nada obsta, pois, a imposição da medida extrema de internação ao apelante.

As medidas em meio aberto pretendidas pela defesa não são aptas a conferir a proteção integral necessária, para garantir ao adolescente o alcance das finalidades ressocializadoras e pedagógicas almejadas. Por conseguinte, é mais adequado que seja mantida a r. sentença, que aplicou ao adolescente a medida socioeducativa de internação.

Por fim, não se pode perder de vista que as medidas socioeducativas, por força da doutrina da proteção integral, preconizada pelo art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, têm o escopo primordial de ressocialização.

Ante o exposto, **nego** provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002695-04.2023.8.26.0292, da Comarca de Jacareí, em que é apelante MUNICÍPIO DE JACAREÍ, é apelada L.O.S. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 122.094)**

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, 8 de março de 2024.

BERETTA DA SILVEIRA, Vice-Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Criança diagnosticada com laringomácia grau 3. Pretensão ao fornecimento pelo Poder Público de insumos. Aplicação da tese fixada pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ (Tema 106) apenas em relação ao fármaco (Nistatina + Óxido de Zinco), não aos demais insumos prescritos. Existência de relatório e prescrição médica comprobatórios da necessidade do fárma-

co. Incapacidade financeira demonstrada. Medicamento registrado na ANVISA. Prescrição do fármaco firmada por profissional médico. Ausência de fármaco eficaz fornecido pelo SUS. Direito fundamental à saúde. Dever do Estado. Não ocorrência de violação do princípio da separação dos poderes. Não aplicação da cláusula da reserva do possível. Desnecessária comprovação da recusa administrativa. Recurso de apelação desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação nos autos de ação de obrigação de fazer ajuizada por **(...)** contra o **MUNICÍPIO DE JACAREÍ**. A r. sentença de fls. 313/318 julgou procedente a demanda, para determinar que o réu forneça gratuitamente à autora *"Fraldas descartáveis (9 unidades por dia do tamanho 'P', conforme crescimento da autora), Fórmula de aminoácidos livres (15 latas por mês), Espessante (1 pacote a cada 30 dias), 1 Equipo (dieta) por dia, 1 Biofrasco-nutri (frasco de dieta) por dia, 6 ampolas soro fisiológico 0,9% de 10 ml por dia, 6 ampolas de água destilada de 10 ml por dia, seringas de 3 ml por dia, 2 seringas de 1 ml por dia, 1 pacote de gases por dia, 1 caixa de luvas a cada 5 dias (100 unidades), 1 micropore a cada 4 dias, 10 sondas aspiração por dia n 06, 1 sonda de Nasogástrica a cada 2 dias (para troca), Adesivo para sonda (1 rolinho a cada 4 dias), Vitamina Zirvit 1 ml por dia (1 frasco a cada 30 dias), 1 frasco polivitamínico 3 gotas por dia (a cada 30 dias); 1 tubo Pomada Nistatina + óxido de zinco a cada 30 dias"*, mediante apresentação de receita médica atualizada a cada seis meses. Foram fixados honorários advocatícios no valor de R$ 1.000,00 (mil reais).

Em síntese, o Município argui, a necessidade de comprovação da prévia recusa administrativa para o ajuizamento da ação. Alega que, embora a saúde seja um direito público subjetivo, ela está sujeita as regras da organização financeira da administração pública, sob pena até mesmo de improbidade de seus gestores e que não houve qualquer recusa pelo apelante quanto a entrega de qualquer insumo, não sendo verificado requerimento administrativo prévio negado ou demora demasiada na sua entrega. Aduz que as reiteradas decisões judiciais determinando o cumprimento de obrigação imediata, inviabiliza a garantia constitucional e princípio basilar da isonomia. Pretende o provimento do recurso (fls. 246/253).

Não apresentadas contrarrazões (fl. 358), subiram os autos e a D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela manutenção da r. sentença (fls. 362/369).

É O RELATÓRIO.

Acesso ao Sumário

De saída, 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) (fls. 24), se exibe abaixo da barreira financeira prevista no inciso III, do § 3º, do artigo 496 do CPC.

Nesse sentido, precedente desta Colenda Câmara Especial:

"Remessa necessária – Infância e Juventude – Ação de obrigação de fazer – Vaga em creche – 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, III, do Código de Processo Civil – Não caracterizada sentença ilíquida – Conteúdo econômico que pode ser facilmente aferido por simples cálculo aritmético – Valor anual estimado por aluno na modalidade creche bem inferior ao limite legal estabelecido para a sujeição da sentença ao duplo grau de jurisdição – Precedentes do STJ – Remessa necessária não conhecida.". [Remessa Necessária Cível 1002761-64.2022.8.26.0309, Rel. Des. **Francisco Bruno** (Pres. da Seção de Direito Criminal), j. 19/08/2022].

Relativamente ao apelo voluntário, este não merece provimento.

A autora é criança diagnosticada com LARINGOMÁCIA GRAU 3 e pretende o fornecimento gratuito pelo Poder Público de *"Fraldas descartáveis (9 unidades por dia do tamanho 'P', conforme crescimento da autora), Fórmula de aminoácidos livres (15 latas por mês), Espessante (1 pacote a cada 30 dias), 1 Equipo (dieta) por dia, 1 Biofrasco-nutri (frasco de dieta) por dia, 6 ampolas soro fisiológico 0,9% de 10 ml por dia, 6 ampolas de água destilada de 10 ml por dia, seringas de 3 ml por dia, 2 seringas de 1 ml por dia, 1 pacote de gases por dia, 1 caixa de luvas a cada 5 dias (100 unidades), 1 micropore a cada 4 dias, 10 sondas aspiração por dia n 06, 1 sonda de Nasogástrica a cada 2 dias (para troca), Adesivo para sonda (1 rolinho a cada 4 dias), Vitamina Zirvit 1 ml por dia (1 frasco a cada 30 dias), 1 frasco polivitamínico 3 gotas por dia (a cada 30 dias); 1 tubo Pomada Nistatina + óxido de zinco a cada 30 dias"*.

Acesso ao Sumário

No caso, à exceção da pomada Nistatina + Óxido de Zinco, em que se aplica à hipótese a tese fixada pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ (Tema 106 – "*Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS*"), por não ser fornecida pelo sistema SUS, em relação aos demais itens, por se tratar de insumos, não ocorre qualquer vinculação à tese acima mencionada.

No mais, o acesso à saúde é direito fundamental consagrado constitucionalmente, competindo à Administração Pública o dever de promover com absoluta prioridade às crianças e aos adolescentes programas de assistência integral (artigo 227, *caput* e § 1º, da Constituição Federal). E o artigo 11, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que *"incumbe ao poder público*

fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação".

A intervenção do Poder Judiciário para garantir o pleno acesso à saúde não configura violação ao princípio da separação de Poderes, pois tal direito não está adstrito à discricionariedade do Poder Público, e sua concretização tem feição de ato estritamente vinculado, visto que ao Estado é imposto o dever de prestar ampla assistência médica e farmacêutica aos que dela necessitam (artigo 196 da Constituição Federal). Tratando-se da concretização de direitos fundamentais, não cabe ao administrador justificar sua omissão com a aplicação da cláusula da "*reserva do possível*", pois sua conduta deve pautar-se pelo princípio da "*máxima efetividade da Constituição*[1]". Este também é o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal[2].

Este Tribunal de Justiça, aliás, editou a Súmula nº 65, segundo a qual "*não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes*". A cláusula da reserva do possível, portanto, não pode ser invocada pelo Poder Público, com o propósito de frustrar ou dificultar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição Federal, encontrando limitação na garantia constitucional do mínimo existencial.

A demanda foi ajuizada **após** a data da publicação do acórdão embargado (04 de maio de 2018), proferido no Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, julgado pelo C. Superior Tribunal de Justiça (Tema 106 – "*Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS*"). Assim, os efeitos vinculativos da decisão são aplicáveis ao presente processo no que diz respeito ao fármaco (Pomada Nistatina + Óxido de Zinco).

Quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, fixou-se a seguinte tese: "*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 na ANVISA do medicamento, observados os usos autorizados pela agência*". Assim, sedimentou o C. Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que **não** existe obrigação

Acesso ao Sumário

1 STJ – Recurso Especial nº 811.608/RS – Relator: Ministro **Luiz Fux** – j. em: 15 de maio de 2007.

2 STF – 1ª Turma – Agravo de Instrumento em Agravo Regimental 810.864/RS – Relator: Ministro **Roberto Barroso** – j. em: 29 de abril de 2014.

incondicionada de o Poder Público fornecer medicamento não incorporado em atos normativos do SUS.

In casu, está evidenciado que a família da autora não tem condições financeiras de arcar com os custos dos insumos e medicamento, conforme documento de fl. 26, que não restou impugnado. A pomada Nistatina + Óxido de Zinco está devidamente registrada na ANVISA. Ademais, os relatórios médicos de fls. 32/34, 50 e 69/70 indicam a necessidade do uso do fármaco e dos insumos, pois a infante possui diagnóstico de LARINGOMÁCIA GRAU 3. Ressalte-se que **não** há notícia do fornecimento da pomada prescrita à menor pelo SUS, nem se menciona outra que seja eficaz ao tratamento.

Assim, ante a prova da necessidade do fármaco e a inexistência de medicamentos incorporados no SUS para o tratamento, é de rigor o fornecimento pelo Poder Público do medicamento, garantindo à infante o necessário amparo à saúde em consonância com a proteção integral a que faz jus, tanto mais considerando que o pedido tem amparo legal na Constituição Federal (artigo 196) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 11).

Ademais, cumpre ressaltar que a exigência de demonstração do prévio requerimento administrativo e respectiva negativa do ente público mostra-se descabida. E isso porque o sistema jurídico brasileiro não exige o exaurimento da via administrativa como requisito para o ingresso na via judicial, nos termos do princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Por outro lado, consta dos autos declaração da genitora da menor de que restaram infrutíferas suas tentativas de recebimento dos insumos pela via administrativa (fls. 27/28).

É de rigor, portanto, a manutenção da r. sentença de procedência.

Por fim, tendo em vista que se nega provimento ao recurso de apelação e é necessário fixar remuneração pelo trabalho adicional na fase recursal, observados os parâmetros legais, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro a verba honorária devida pelo apelante em 1% (um por cento) sobre o valor da causa.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao apelo, majorando o valor dos honorários advocatícios devidos pelo apelante em 1% (um por cento) sobre o valor da causa.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1500040-80.2023.8.26.0072, da Comarca de Bebedouro, em que é recorrente V.H.S.M. (MENOR), é apelado M. P. DO E. DE S. P.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de V.H.S.M., qualificado nos autos, para FIXAR em substituição à internação imposta, a medida socioeducativa de semiliberdade, nos termos dos artigos 112, inciso V, e 120, da Lei nº 8.069/90. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39207)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 14 de março de 2024.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: APELAÇÃO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. ATO INFRACIONAL. Subtração de uma motocicleta em concurso de pessoas. Representação por conduta análoga ao crime de furto qualificado. Procedência. Recurso da defesa. Materialidade e autoria devidamente comprovadas. Consumação do ato infracional. Inversão da posse do bem subtraído, ainda que por breve espaço de tempo. Confissão do adolescente que não influencia na aplicação da medida socioeducativa, cuja natureza é diversa da pena. Possibilidade, no entanto, do abrandamento da medida socioeducativa aplicada. Semiliberdade que se afigura mais adequada às circunstâncias do caso concreto. Sentença reformada em parte. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por contra r. sentença (fls. 257/261) que julgou procedente representação e aplicou ao adolescente V.H.S.M. a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado, com reavaliação a cada 6 (seis) meses, pela prática de ato infracional análogo ao delito previsto no artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal.

Em suas razões, a Defesa busca, em síntese, o reconhecimento da tentativa, da circunstância atenuante da confissão e a substituição da medida de internação pela de liberdade assistida (fls. 268/276).

Oferecidas contrarrazões (fls. 288/291) e mantida a r. sentença (fls. 294), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 304/309).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os requisitos de desenvolvimento válido e regular e de admissibilidade para, no mérito, dar-lhe parcial provimento.

Narra a representação que, no dia (...), por volta das (...), na Rua (...), defronte ao nº (...), (...), na cidade e comarca de Bebedouro, o adolescente V.H.S.M., previamente ajustado e com unidade de desígnios com os adolescentes E.A.M.P. e L.E.A.T.V., subtraiu a motocicleta Honda/CG Cargo ESDI, ano 2016, de cor branca e placa (...), de propriedade de T.S.V.

A materialidade e a autoria do ato infracional foram bem comprovadas pelo boletim de ocorrência (fls. 1/3), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 6), pelo laudo pericial (fls. 27/31), pelas imagens de câmeras de segurança (fls. 32), pelo relatório de serviço (fls. 48/49), e pela prova oral colhida no curso da instrução, consubstanciada nos relatos da vítima, das testemunhas e na confissão do apelante, prestada sob o crivo do contraditório.

Conforme se comprovou, na data dos fatos, os adolescentes avistaram a motocicleta estacionada na calçada e lograram destravá-la, evadindo-se empurrando-a pela via pública; para, em seguida, abandoná-la nas proximidades da empresa Granol, onde foi encontrada por agentes da Polícia Militar, e restituída à vítima.

Diante desse panorama, não há se falar em reconhecimento da tentativa, vez que o furto se consuma com a mera inversão da posse da coisa alheia móvel, ainda que venha a ser recuperada em momento imediatamente posterior, não importando se o apelante manteve a posse tranquila e desvigiada.

É essa a tese firmada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no Tema Repetitivo nº 934:

> *"Consuma-se o crime de furto com a posse de fato da res furtiva, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada".*

Nesse contexto fático-probatório, a procedência da representação era mesmo de rigor.

Passo, pois, ao exame da medida socioeducativa.

Ressalvada a convicção, reputo excessivamente gravosa a internação eleita na origem.

Destaco, inicialmente, não se falar em aplicação da atenuante da confissão, instituto de Direito Penal e, portanto, sem correlação com as medidas socioeducativas, que não se confundem com pena e se regem especificamente pelos preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo aplicadas em consideração à capacidade do adolescente de cumpri-las, às circunstâncias e à gravidade da infração, conforme artigo 112, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

Acesso ao Sumário

PENAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. ABRANDAMENTO DA MEDIDA PELA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O entendimento adotado pela Corte de origem está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, no sentido de que "[a] aplicação da circunstância atenuante de confissão, prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, é impossível em sede de procedimento relativo a ato infracional submetido ao Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que a medida socioeducativa não tem natureza de pena." (AgRg no HC 602.179/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA Turma, Julgado em 06/10/2020, DJe em 16/10/2020). 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 1.654.739/GO, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/2/2021, DJe de 17/2/2021.)

Feita a anotação, dispõe o artigo 122, da Lei nº 8.069/90, que a aplicação de medida socioeducativa de internação é cabível nas hipóteses de prática de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência contra a pessoa, reiteração no cometimento de outras infrações graves ou descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta; circunstâncias que, por implicarem privação de liberdade, devem ser interpretadas restritivamente.

A responsabilização deve ser proporcional à gravidade da conduta, ao risco que o menor representa à sociedade, às suas necessidades específicas e às possibilidades de ressocialização. Uma providência excessiva ou inadequada pode ser prejudicial ao seu desenvolvimento e até mesmo potencializar o risco de repetição de atos análogos.

Nesse sentido, o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ECA. CONDUTA INFRACIONAL ANÁLOGA AOS CRIMES DOS ARTS. 309 DO CTN E 330 DO CP. REITERAÇÃO INFRACIONAL. DESPROPORCIONALIDADE DA INTERNAÇÃO. FIXAÇÃO DA SEMILIBERDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A medida socioeducativa de internação somente pode ser aplicada quando caracterizada uma das hipóteses previstas no art. 122 do ECA e caso não haja outra medida mais adequada e menos onerosa à liberdade do adolescente. 2. O julgador, para cumprir o objetivo da lei protetiva, deve analisar as peculiaridades do caso concreto e as condições específicas do adolescente para melhor fixação da medida socioeducativa, suficiente para sua recuperação. 3. O agravado tem registro infracional e condições pessoais negativas, mas foi surpreendido na condução de motocicleta, de maneira perigosa, e desobedeceu à ordem de parada de policiais. A internação não é medida adequada à gravidade da conduta e às suas circunstâncias. 4. Haja vista a vedação de tratamento mais gravoso ao adolescente do que aquele conferido ao adulto, verifica-se

Acesso ao Sumário

ser proporcional a fixação da semiliberdade para manter o menor afastado da situação de risco em que está e corrigir eventuais desvios em seu comportamento. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 804.584/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 8/5/2023, DJe de 11/5/2023.)

Na hipótese, é dos autos que V.H.S.M. teve contra si representação julgada procedente por ato análogo ao crime de tráfico de drogas (fls. 229/230), com aplicação de medidas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade, as quais foram descumpridas, culminando em internação-sanção, a qual não se mostrou efetiva para a socioeducação.

Além disso, responde a outra ação socioeducativa pela prática de ato infracional de mesma natureza, supostamente perpetrado em concurso com os dois adolescentes envolvidos nos fatos em questão (processo nº (...)).

Somem-se a isso as informações do laudo psicossocial elaborado pela equipe técnica do juízo, do qual se constata ter ele admitido fazer uso de maconha e bebida alcóolica, e abandonado os estudos.

Destarte, está bem delineada a necessidade de mais severa intervenção estatal, pois medida socioeducativa em meio aberto não foi suficiente para provocar no adolescente a reflexão sobre a reprovabilidade da conduta anteriormente praticada, tampouco para afastá-los do meio infracional, sendo, portanto, inviável a imposição de nova medida em meio aberto.

Diante disso, tendo em vista as circunstâncias e a gravidade do ato praticado – sem violência ou grave ameaça à pessoa – e a vedação de tratamento mais gravoso ao adolescente do que aquele conferido ao adulto – o qual, a princípio, mesmo reincidente ou portador de maus antecedentes, em tese, não iniciaria o cumprimento da pena em regime fechado –, reputo ser mais adequada ao caso concreto a medida de semiliberdade, a viabilizar o processo de reeducação e ressocialização, justamente porque ponderadas a reiteração infracional e as condições negativas do representado.

A providência implica certa restrição de liberdade e possibilitará a responsabilização do infrator e a supervisão gradativa pelo Estado até a sua reintegração ao meio social.

Acesso ao Sumário

Note-se que o Relatório Psicossocial (fls. 208/213) informa sua capacidade de discernimento e condições de compreender o significado de suas ações e consequências, indicando que precisa *ser encaminhado para equipamento especializado da Política Social para acompanhamentos*, pontuando, diante da constatação das vulnerabilidades do adolescente e da família, a necessidade de *apoio e orientações específicas com o intuito de fomentar a função protetiva familiar e favorecer a superação da vivencia infracional e da reincidência por parte do adolescente, inserindo-o em atividades profissionalizantes condizentes com sua faixa etária*; o que, sem, dúvida, pode ser alcançado através da medida

que ora se aplica.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de V.H.S.M., qualificado nos autos, para **FIXAR** em substituição à internação imposta, a medida socioeducativa de semiliberdade, nos termos dos artigos 112, inciso V, e 120, da Lei nº 8.069/90.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006298-57.2023.8.26.0269, da Comarca de Itapetininga, em que é apelante MUNICÍPIO DE SARAPUÍ, é apelada T.A. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.080)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), TORRES DE CARVALHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e HERALDO DE OLIVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 21 de março de 2024.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: "APELAÇÃO – Ação de obrigação de fazer – criança diagnosticada com 'Diabetes Mellitus tipo I' (CID E10.9), que necessita do fornecimento de insulina 'Glargina 100 UI/ML', por caneta de aplicação 15 UI diariamente – Sentença que julgou procedente o pedido, confirmando a tutela de urgência de natureza antecipada, conforme receituário médico que deve ser atualizado periodicamente a cada semestre – Apelo do Município visando, em síntese, a reforma da sentença – Direito à saúde expressamente assegurado no artigo 196, da Constituição Federal, e artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Tema 106 do Superior Tribunal de Justiça observado – Responsabilidade do Estado – Incidência da Súmula 65 desta Corte de Justiça – Insumos desvinculados de marca comercial específica, mas que deve ser levado em consideração os mesmos princípios ativos, posologia e eficácia do

Acesso ao Sumário

tratamento profissional recomendado – Precedentes – Recurso não provido, com observação.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo Município de Sarapuí contra a r. sentença de fls. 79/88 que, nos autos de ação de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência movida por T.A., nascida em (...), diagnosticada com 'Diabetes Mellitus tipo I' (CID E10.9), visando ao fornecimento de insulina 'Glargina 100 UI/ML', por caneta de aplicação 15 UI diariamente, julgou procedente o pedido inicial, *"para tornar definitiva a tutela de urgência de natureza antecipada concedida à fl. 41, cabendo ao requerido a obrigação de fornecer INSULINA GLARGINA 100 UI/ML, por caneta de aplicação (15 UI diariamente) à menor, devendo esta apresentar, semestralmente, prescrição médica atualizada, entregando diretamente à Prefeitura Municipal de Sarapuí"*.

Sustenta a Municipalidade, em síntese, a reforma da sentença (fls. 95/99).

Processado o recurso, houve apresentação de contrarrazões (fls. 105/110), manifestação do Ministério Público (fls. 114/115), restando mantida a r. sentença (fls. 116) e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo não provimento do recurso (fls. 129/135).

É o relatório.

A apelação não comporta provimento.

Segundo o apurado nos autos, a apelada T.A., nascida em (...), diagnosticada com 'Diabetes Mellitus tipo I' (CID E10.9), visando ao fornecimento de insulina 'Glargina 100 UI/ML', por caneta de aplicação 15 UI diariamente, necessitando de tratamento diferenciado. Apresentou relatórios médicos recomendando o uso dos referidos itens (fls. 18/24).

Vale lembrar que não cabe ao Poder Público decidir qual tratamento é melhor para o mal que aflige o doente, mas sim ao médico, que acompanha o paciente pessoalmente.

Salienta-se, *a priori*, que o médico que acompanha o paciente possui conhecimento científico sobre o trato da doença, configurando-se como apto a prescrever o melhor tratamento, até porque é profissional regularmente inscrito no Conselho Regional de Medicina, assim, cabe a ele explanar qual o tratamento necessário para o bom controle da patologia da apelada.

Dessa forma, considerando que a vida, a saúde e a segurança são valores constitucionalmente superiores, seria inviável ignorar que a prescrição acompanha o paciente e seus problemas (fls. 18/24).

Nesse diapasão, já se observou em precedente desta Câmara Especial, no Agravo de Instrumento 0013982-33.2013.8.26.0000, Rel. Des. Roberto Solimene que, *"a conveniência ou não do uso de determinado medicamento é de competência exclusiva do médico que acompanha o enfermo (Resolução n. 1.246,*

Acesso ao Sumário

de 8.1.88, do Conselho Federal de Medicina – Código de Ética Profissional e inc. V e VIII do Cap. 1 da Res. do Conselho Federal de Medicina n. 1931/2009). Tal situação impediria a substituição por outros, não prescritos pelo médico, repetindo, sendo este responsável pela eleição do tratamento. Deve o médico tratar o seu paciente com o maior zelo possível, conforme determina o Código de Ética de Medicina. Estabelece o respectivo art. 2º, que 'o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional'. Para tanto, 'o médico deve aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente' (art. 5º)". Ressalte-se que, a toda evidência, regras do SUS não podem se sobrepor aos dispositivos constitucionais que asseguram a plena garantia ao direito à saúde, direito fundamental básico, de aplicabilidade imediata.

Com efeito, a Constituição da República afirma a saúde como direito fundamental, elencando-a como direito social (art. 6º) e dever do Estado (art. 196). É a saúde direito público subjetivo, indisponível, decorrência indissociável do direito à vida, bem inviolável, a reclamar resguardo de forma absoluta e universal, razão pela qual não pode o Poder Público escusar-se de sua responsabilidade prevista na Carta Maior.

Certo é que a garantia à saúde encontra resguardo na esfera constitucional e infraconstitucional, não havendo dúvida quanto ao cumprimento da obrigação atribuída ao Estado (em sentido amplo). Ressalte-se que não se trata de exigir tratamento privilegiado, mas simples e puramente de ver respeitado o direito à saúde.

A norma insculpida no artigo 196 da Constituição Federal traduz direito fundamental, expressamente garantindo a todos o direito à saúde, bem como estabelecendo o dever do Poder Público em tomar medidas concretas que garantam a promoção, a proteção e a recuperação desse direito.

De se destacar, também, trecho do parecer subscrito pela Procuradoria Geral de Justiça, no sentido de que *"No presente caso, há indicação de que a criança Apelada, após diagnóstico de Diabetes Mellitus tipo 1 (CID E10.0), passou a necessitar do uso de INSULINA GLARGINA 100 UI/ML, por caneta de aplicação, 15 UI, diariamente, conforme prescrição médica (fls. 18/24).*

Em sentença de fls. 79/88, o Magistrado entendeu estar demonstrada a necessidade efetiva do fornecimento dos medicamentos e tratamentos solicitados.

Como é sabido, é imprescindível relatório médico fundamentado e circunstanciado que demonstre a necessidade dos tratamentos a serem pleiteados, de modo claro, o que ocorre no presente caso" (fls. 134, idem).

Ademais, esta Colenda Câmara Especial já decidiu sobre a matéria ora examinada:

Acesso ao Sumário

"APELAÇÃO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. SAÚDE. MENOR PORTADOR DE 'DIABETE MELLITUS TIPO I'. FORNECIMENTO DE INSULINAS ASPARTE, TRESIBA, SISTEMA FLASH DE MONITORAMENTO DE GLICOSE FREESTYLE LIBRE E 2 (DOIS) SENSORES POR MÊS. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. MENOR QUE SOFREU QUADRO GRAVE DE CETOACIDOSE DIABÉTICA COM INTERNAÇÃO. COMPROVAÇÃO SUFICIENTE DA EFETIVA NECESSIDADE DOS INSUMOS E MEDICAMENTOS POSTULADOS. QUESTÃO DE FATO QUE, EXCEPCIONALMENTE, PRESCINDE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA.

1. Sentença que julgou procedente a pretensão inicial para compelir o Poder Público Municipal a fornecer ao autor as insulinas, o Sistema Flash de monitoramento de glicose FreeStyle Libre e os sensores correspondentes. Irresignação do Município de Americana.

2. A possibilidade de alteração do tratamento da mesma moléstia, em razão da necessidade de sua adequação, para melhoria das condições pessoais do paciente, não implica em violação à regra insculpida no art. 264 do CPC. Precedentes do E. STJ.

3. Direito à saúde assegurado pela Constituição Federal, cujas normas são complementadas pelo ECA e pela Lei nº 8.080/90, que abrange a obtenção gratuita de todos os recursos necessários ao tratamento, habilitação e reabilitação dos enfermos.

4. Processo não sujeito à Tese Vinculante firmada no julgamento do Tema nº 106 do E. STJ. Insulinas de ação rápida e de ação prolongada que estão elencadas na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME 2020. Fornecimento de insumos que não se sujeita à aludida Tese. Necessidade dos medicamentos e insumos comprovada por meio de prescrição subscrita pelo médico que acompanha o tratamento do infante.

5. Quadro grave de cetoacidose diabética seguida por internação do menor, de apenas um ano de idade, que confirma a efetiva imprescindibilidade do tratamento, tornando desnecessária a produção de prova pericial.

6. ***Pareceres emitidos pelo Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus) que são de utilização facultativa para a formação do convencimento judicial em demandas que versem sobre o direito à saúde, sem qualquer caráter vinculante.*** *(grifei)*

7. Recurso de apelação desprovido" (Apelação e Remessa Necessária 1009262-65.2021.8.26.0019, Rel. Doutora Daniela Cilento Morsello, j. 22.03.2022).

"Remessa necessária – Infância e Juventude – Mandado de Segurança – Fornecimento de insulina e Sistema de monitoramento contínuo de glicose (Freestyle Libre) – Criança diagnosticada com Diabetes Mellitus (CID 10 E10) – Direito à saúde – Direito público subjetivo de natureza constitucional

Acesso ao Sumário

– Exigibilidade independente de regulamentação – Normas de eficácia plena – Inexistência de ofensa à autonomia dos poderes ou determinação de políticas públicas – Reserva do possível afastada – Dever solidário dos entes da Federação de garantir a proteção e recuperação da saúde de crianças e adolescentes – Processo não sujeito à tese vinculante firmada no julgamento do Tema 106 do Colendo Superior Tribunal de Justiça – Prescrição médica fundamentada e subscrita pelo médico que assiste a criança – Demonstração inequívoca da necessidade do uso do aparelho Freestyle Libre para melhor controle do índice glicêmico da autora – Incapacidade financeira demonstrada – Insumos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) – Necessidade de apresentação de receita médica semestralmente atualizada para continuidade do atendimento – Possibilidade – Remessa necessária desprovida" (Remessa Necessária 1020255-76.2021.8.26.0114, Relator Des. Guilherme Gonçalves Strenger (Vice-Presidente), j. em 28.7.2022).

"APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. Estatuto da Criança e do Adolescente. Mandado de segurança. Pretensão de fornecimento de medicamento (insulina FIASP; princípio ativo: asparte) e sensor FreeStyle Libre à criança portadora de Diabetes Mellitus Tipo 1. Insurgência da Municipalidade contra sentença concessiva da ordem. Preliminares de ilegitimidade passiva e chamamento ao processo. Inocorrência. Direito líquido e certo à saúde. Dever do Estado. Princípios da proteção integral e prioritária à criança e ao adolescente. Inteligência dos artigos 196, 198 e 227 da Constituição Federal, normas de eficácia plena, e artigo 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Solidariedade dos Entes da Federação. Direito fundamental à saúde, que não pode ser obstaculizado pela Administração Pública sob invocação da cláusula da 'reserva do possível'. Atuação do Poder Judiciário que apenas garante o exercício ou a eficácia de direitos fundamentais, não importando em violação aos princípios da isonomia, da separação dos Poderes e da autonomia administrativa. Em relação à insulina FIASP medicamento não padronizado para dispensação no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), foram atendidos todos os três critérios fixados pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.657.156 (Tema de Recursos Repetitivos nº 106). Autorizada, portanto, sua concessão. Quanto ao sensor FreeStyle Libre, não consistindo este em medicamento extralista, inaplicável, em relação a ele, os requisitos estabelecidos pelo C. STJ no supracitado julgado. Afastada a determinação de que, ainda que não haja apresentação semestral, pelo impetrante, na esfera administrativa, de prescrição médica atualizada, a Municipalidade deverá lhe fornecer os itens de uso contínuo. Preliminares rejeitadas. Remessa necessária e recurso de apelação do Município parcialmente providos" (Apelação/Remessa Necessária 1001249-11.2020.8.26.0699, Relator Issa Ahmed, j. em 31.5.2021).

Também não se pode falar em indevida intromissão do Judiciário no âm-

Acesso ao Sumário

bito de atuação de outro Poder, porque ele só cumpre o encargo constitucional de prestar a tutela jurisdicional e compor litígios.

Se, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, e se as crianças que estão nas condições estipuladas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente são titulares do direito e podem exigi-lo em juízo, a determinação judicial do cumprimento desse dever pela apelante não significa ingerência do Judiciário no âmbito da administração, eis que não há discricionariedade do administrador quando se trata de direitos imediatamente aplicáveis.

Nesse passo, dispõe a Súmula 65 desta Corte de Justiça: *"Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte de crianças ou adolescentes"*.

De se consignar ainda, que em se tratando da concretização de direitos fundamentais, não cabe ao administrador justificar sua omissão com a aplicação da cláusula da reserva do possível, ou sob o manto do alegado *'periculum in mora inversum'*, pois sua conduta deve pautar-se pelo princípio da 'máxima efetividade da Constituição', conforme entendimento do Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, no Recurso Especial 811.608/RS.

Nesse sentido, já se manifestou esta Colenda Câmara Especial:

"REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO VOLUNTÁRIO – Obrigação de Fazer – Pedido de fornecimento de Bomba de infusão contínua de insulina Minimed 640G (01 unidade) sem necessidade de fornecimento de marca específica, e os respectivos insumos, conforme prescrição médica, à criança portadora de Diabetes Mellitus Tipo 1 – Situação que envolve direito fundamental da criança – Súmulas do Tribunal de Justiça que justificam a propositura da ação contra o Poder Público, em razão do dever de amparo à saúde e à vida – Direito público subjetivo e de absoluta prioridade, assegurados à criança e ao adolescente pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – Súmulas 37, 65 e 66 deste E. Tribunal de Justiça – Imperatividade de disponibilização de recursos destinados a tal fim, de forma solidária pelos entes públicos, de modo a assegurar o mínimo existencial, nos termos dos princípios e normas vigentes no ordenamento jurídico – Inaplicabilidade do Tema 106 do STJ, cujos requisitos, entretanto, foram atendidos – Precedentes desta C. Câmara Especial – Remessa necessária e recurso voluntário não providos" (Apelação Cível nº 1037548-59.2017.8.26.0024, Relatora Doutora Ana Luiza Villa Nova, j. 8.02.2022).

"Apelação cível e remessa necessária – Infância e Juventude – Ação de obrigação de fazer – Fornecimento de insulina e insumos ao menor diagnosti-

Acesso ao Sumário

cado com Diabetes Mellitus tipo 1 – Direito à saúde – Direito público subjetivo de natureza constitucional – Exigibilidade independente de regulamentação – Normas de eficácia plena – Inexistência de ofensa à autonomia dos poderes ou determinação de políticas públicas – Reserva do possível afastada – Planejamento público da saúde que não pode negar o direito – Laudo médico que demonstra a necessidade do fármaco e o insucesso de terapia anterior – Hipossuficiência financeira demonstrada e prova do registro dos medicamentos na ANVISA – ***Possibilidade de fornecimento de produtos genéricos – Apresentação de receita médica semestralmente atualizada*** *– Multa cominatória – Possibilidade – Redução à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – Honorários advocatícios – Redução a fim de se adequar aos parâmetros ditados pelo art. 85, §§ 2º e 8º, CPC – Apelo voluntário e remessa necessária parcialmente providos"* (Apelação Cível 1013376-88.2021.8.26.0361, Relator Desembargador Francisco Bruno, Presidente da Seção de Direito Criminal, j. 19.01.2022. (grifei)

Tem-se assentada na jurisprudência desta Colenda Câmara e deste Egrégio Tribunal de Justiça, a impossibilidade de exigência de marca comercial específica, sendo admitida somente em casos excepcionais. Portanto, não comprovada a excepcionalidade, fica permitido ao apelante, caso existente, a substituição do medicamento por outro similar, condicionado ao atendimento da especificação médica, com mesma eficácia e resultados perseguidos.

Assim, não há necessidade de fornecimento de medicamento de determinada marca, mas deve ser levado em consideração a conveniência e os efeitos do tratamento profissional recomendado.

Em vista disto, o apelante deve fornecer à apelada os itens adequados durante o período necessário, sem preferência por marca, desde que atendidos os mesmos princípios ativos e posologia, sem obrigatoriedade de fornecimento de produto vinculado à marca comercial, mediante apresentação de receituário médico atualizado a cada seis meses.

No mais, ante as provas produzidas nos autos, não se justifica a recusa do Poder Público em fornecer os insumos pleiteados, garantindo o necessário amparo à saúde da criança, em consonância com a proteção integral a que faz jus (art. 11, § 2º, da Lei 8.069/1990).

Daí por que se mantém a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos, aqui adotados em complemento aos do presente voto, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Assim, para efeito de eventual prequestionamento, importa registrar que a presente decisão apreciou todas as questões postas no recurso sem violar a Constituição Federal ou qualquer lei infraconstitucional, evitando-se, com isso, a eventual oposição de embargos de declaração para este fim.

Cumpre lembrar, ainda, que o v. Acórdão não tem como requisito de va-

Acesso ao Sumário

lidade a obrigação de conter todos os fundamentos, bem como todas as referências a textos e artigos mencionados pelas partes, porquanto a sua finalidade é compor a lide. Nesse sentido: STJ AgInt no AREsp 1025315/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, DJe 20/06/2018; STJ EDcl no AgRg na Pet 1.649/RS, Rel. Ministro Edson Vidigal, Corte Especial, DJ 07/06/2004, p. 147.

Por fim, considerada a sucumbência recursal, é caso de fixação dos honorários advocatícios nesta Instância que estabeleço em R$ 200,00, em conformidade com os dispositivos constantes no artigo 85, §§ 8º e 11, do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, por estes fundamentos, **nega-se** provimento à apelação, com observação nos termos do voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005733-62.2019.8.26.0066, da Comarca de Barretos, em que é apelante J.D.C., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.208)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), TORRES DE CARVALHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e HERALDO DE OLIVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 11 de abril de 2024.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: "Apelação – Destituição do poder familiar – Negligência de auxílios material e moral à criança de tenra idade – Configuração da hipótese prevista nos artigos 1.634 e 1.638, II, ambos do Código Civil e artigos 22 a 24 e 129, X, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente – Inexistência de condições a proporcionar um mínimo desenvolvimento saudável às crianças – Descumprimento evidente dos deveres inerentes ao poder familiar – Insurgência que não logrou comprovar, como seria de direito e de rigor, efetiva alteração do quadro fático supra – Sentença mantida – Apela-

ção não provida".

VOTO

Trata-se de apelação interposta por J.D.C. contra a r. sentença (fls. 428/432), que julgou procedente o pedido inicial formulado pelo representante do Ministério Público e decretou a perda do poder familiar de J.D.C. e V.A.A., qualificados nos autos, com relação aos infantes A.C.A.C., nascida aos (...), W.L.C.A., nascido aos (...) e P.H.C.A., nascido aos (...), com fundamento no artigo 24, da Lei nº 8.069/90 e artigo 1.638, incisos II e III, do Código Civil. Por consequência extingo o feito, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso II, do Código de Processo Civil.

Inconformada, apela a genitora sustentando, em síntese: a) a apelante não faz mais o uso de qualquer substância ilícita, não havendo provas concretas que comprovem a utilização dessas substâncias; b) a recorrente é uma pessoa simples, no entanto, isso não a impede de oferecer todos os cuidados básicos e necessários para seus filhos. Nesse caso, sabemos que não se pode destituir a requerida do poder familiar por ser uma pessoa pobre (art. 23 do ECA). O juízo deveria, antes, incluí-la em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção (art. 23, § 1º, do ECA), o que não ocorreu; c) a destituição do poder familiar foi fundamentada nos artigos 129, X e 163 do ECA, combinado com o artigo 1.638 do CC. No entanto, não restou justificada idoneamente qual foi a hipótese em que se encaixa o presente caso; d) a apelante não castigou imoderadamente os filhos, não os deixou em abandono, não praticou atos contrários à moral e aos bons costumes, não incidiu, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo 1.637 do CC, e não entregou de forma irregular os filhos a terceiros para fins de adoção; e) a destituição do poder familiar é medida drástica que pode acarretar transtornos irreversíveis à requerida e às crianças, pois o contato e vínculo existentes entre eles restarão prejudicados para sempre. Assim, importante que sejam respeitados os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança (art. 227 da CF); f) afastar completamente a criança do convívio com seus pais é banalizar direito ao convívio familiar, trivializando consequentemente os laços de afeto que os une. O artigo 19 do ECA, dispõe que toda criança e adolescente tem direito de ser criado e educado no seio da sua família, sendo que o afastamento do lar é uma medida excepcional, somente podendo ser aplicada em casos de extrema gravidade. No mesmo sentido é a disposição contida na Declaração dos Direitos da Criança e do Adolescente, ratificada pelo Brasil no Artigo 9.1.; g) não ocorreu nenhuma das hipóteses que autorizariam a destituição do poder familiar da apelante, sendo de rigor o restabelecimento da convivência entre ela e seus filhos; h) requer a reforma a r. sentença para reverter o poder familiar da apelante em favor dos seus filhos (fls. 439/443).

Foram apresentadas as contrarrazões (fls. 447/450), mantida a decisão

Acesso ao Sumário

por seus próprios fundamentos (fls. 451) e, nesta instância, a Douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não provimento do apelo (fls. 469/473).

É o relatório.

Ab initio, refuta-se o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso de apelação.

Como é cediço, o artigo 199-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece que *"A sentença que destituir ambos ou qualquer dos genitores do poder familiar fica sujeita a apelação, que deverá ser recebida apenas no efeito devolutivo"*.

No que diz respeito ao mérito, o apelo não comporta provimento.

Com efeito, a Constituição Federal consagra tratamento primaz aos infantes, cabendo à família, ao aparelho estatal e à sociedade zelarem, com prioridade, pelo seu bem-estar (CF, artigo 227).

De igual modo, a Lei 8.069/90 salvaguarda os interesses dos menores, estabelecendo, em seus artigos 22 e 24, respectivamente, que aos pais *"incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais"* e que a *"perda ou suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o artigo 22"*.

Consta da inicial, ajuizada pelo representante do Ministério Público, que *"Conforme consta do primeiro relatório encaminhado pelo Conselho Tutelar de Barretos (fls. 08/12 da ação de acolhimento), o órgão fora contactado pelo Conselho Tutelar de Morro Agudo, que informou que os infantes em tela haviam sido deixados pela genitora J., moradora de Barretos, com uma babá de nome E., moradora de Morro Agudo, sob a promessa de pagamento da quantia de R$ 150,00 (fls. 14/15 da ação de acolhimento). Sucede, porém, que J. não efetuou o pagamento e, segundo as alegações da babá, as crianças A.C. e W. estariam fora da escola desde setembro de 2017, sendo que apenas P. encontrava-se matriculado. A babá alegou, ainda, que J. havia dado P. a ela, mas que os outros dois ela não tinha interesse em ficar com eles. Na ocasião, notaram que a criança W. possuía uma queimadura em uma das mãos, informando a criança que era decorrente de óleo que havia colocado em uma panela para fazer fritura. A genitora fora localizada nesta cidade e se prontificou a ir buscar as crianças na cidade de Morro Agudo. O Conselho Tutelar de Morro Agudo acompanhou a genitora e as crianças até a cidade de Barretos. Durante a viagem, os menores reclamaram de dor de cabeça e fome, sendo que A.C. afirmava estar com náuseas, seus batimentos cardíacos estariam rebaixados, ficou pálida e com calafrios, chegando a desmaiar. A.C. fora atendida na Santa Casa de Misericórdia de Barretos e diagnosticada com grave desidratação, necessitando ficar inter-*

Acesso ao Sumário

nada. P. e W. pernoitaram na casa de acolhimento institucional 'CASA DO OLEIRO KIDS', onde receberam cuidados de higiene e alimentação. Após, foram deixados aos cuidados de F., filha de uma tia de J., que se prontificou a cuidar das crianças apenas até a alta médica de A.C., tendo em vista que a genitora tem o hábito de deixar os filhos e não voltar para buscá-los. Em 02 de março de 2018, após a alta médica de A.C., os filhos foram todos entregues à genitora, que fora orientada a prestação de cuidados e realização de matrícula escolar dos menores para que voltassem a estudar. No entanto, na data de 24 de março de 2018, as crianças encontravam-se, mais uma vez, em estado de abandono quando as Conselheiras Tutelares foram acionadas pela Polícia Militar, situação que culminou com o acolhimento institucional dos menores. Ao averiguar a ocorrência, o órgão verificou que A.C., W. e P. encontravam-se novamente abandonados, vez que J. havia ido viajar a trabalho no dia 05 de março de 2018 e não havia retornado. O relatório do Conselho Tutelar afirma que a genitora deixou A.C. com a tia E., W. com F. e P. com uma terceira pessoa de nome É., dizendo a última que se quisesse poderia ficar com ele. A genitora, em total descaso, após vários dias decorridos, não retornou. F., então, acionou, novamente, o Conselho Tutelar relatando a situação. Posteriormente, J. fora contactada por F. e pediu a ela que contratasse uma babá para ficar com as crianças até no final de semana, tendo em vista que retornaria na segunda-feira, dia 12 de março de 2018. Fora contratada uma babá de nome R., que se responsabilizou em cuidar das crianças até o dia 12 de março. Porém a genitora não retornou para buscar as crianças e também passou a não atender a ligações. Diante de tal fato, R. levou as crianças para a casa de F. e juntas acionaram a Polícia Militar e o Conselho Tutelar, que constataram novo abandono das crianças. Assim, J. fora novamente contactada pela Conselheiras Tutelares, sendo que afirmou que retornaria a Barretos, no mesmo dia, para reaver os filhos, mas não voltou. Diante da situação de evidente vulnerabilidade, não restou outra alternativa senão o acolhimento institucional de A.C., W. e P., tendo em vista que não foram localizados outros familiares que se responsabilizassem pelos menores. O requerido V., por sua vez, também não demonstrou, em momento algum, qualquer interesse em assumir os cuidados com os filhos. Pelo contrário. Depois que se separou de J. e foi para o Estado do PIAUÍ, nunca mais voltou ou quis saber notícias dos filhos, tampouco teve interesse em pagar-lhes pensão alimentícia. Diante deste quadro, foi necessário o acolhimento institucional em caráter emergencial no dia 25 de março de 2018, que se formalizou judicialmente por meio da ação de acolhimento ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, cujo pedido liminar foi concedido em 16 de abril de 2018 (fls. 20/22 dos autos nº (...)). Pois bem. Em que pese os esforços da rede socioassistencial em manter o vínculo familiar dos pequenos com J., esta deu mostras que não mudou seu comportamento e, nas oportunidades que teve de demonstrar o con-

Acesso ao Sumário

trário, voltou a abandonar seus filhos. Do mesmo modo V. nunca procurou informações das crianças e sequer ofereceu contestação nos autos da ação de acolhimento institucional, mesmo depois de citado pessoalmente naquele feito (fls. 81/91 e 100 da ação de acolhimento). Com efeito, depois do acolhimento institucional, ocorreu a primeira audiência concentrada (23/04/2018), oportunidade em que se constatou a necessidade de manutenção da situação dos infantes, conforme se depreende do termo de audiência de fls. 35 da ação de acolhimento. Em seguida, a Assistente Social e a Psicóloga do Juízo apresentaram seus laudos (fls. 92/94 e 108/114, respectivamente, da ação de acolhimento), ressaltando que J. não reunia, à época, condições de voltar a ter os filhos, além de não se preocupar em visitá-los na entidade de acolhimento ou dar notícias sobre seu paradeiro, ocasionando intenso sofrimento psicológico nas crianças, o que foi corroborado pelo relatório informático subscrito pelos técnicos da casa de acolhimento (fls. 138/139 da ação de acolhimento). Sobreveio, então, o relatório informativo elaborado pelo CREAS, registrando a dificuldade de encontrar J. em casa, o que retardou o agendamento da sua ida ao órgão, que apenas foi possível em setembro do ano passado (fls. 120/123 da ação de acolhimento). Na audiência concentrada de 18 de outubro de 2018, foi determinada a visita das crianças à genitora aos finais de semana, para tentar fortalecer o vínculo familiar (fls. 140 da ação de acolhimento). Embora se tenha obtido sucesso inicial nesse intento, consoante se depreende dos relatórios informativos do CREAS (fls. 150/151 da ação de acolhimento) e da Casa do Oleiro Kids (fls. 158/159 e 195/196 da ação de acolhimento), acarretando inclusive o desacolhimento dos menores em 27 de março de 2019 (fls. 201/202 da ação de acolhimento), fato é que J. não só descumpriu a promessa de que se socorreria de algum familiar seu para lhe auxiliar no cuidados das crianças, como também voltou a abandonar e negligenciar seus filhos. E isso porque, nos termos da informação oriunda do Conselho Tutelar de Barretos (fls. 239/246 da ação de acolhimento), J. novamente deixou seus filhos com pessoa estranha e sem qualquer parentesco com elas, conhecido apenas por 'J.', ao invés de pedir ajuda para sua irmã R.A. ou sua comadre E.C.G., como havia prometido. Mas não é só. O tal 'J.', a quem J. confiou os filhos, avisou na escola que não buscaria mais as crianças, muito menos cuidaria delas, levando a novo acionamento do CONSELHO TUTELAR. Referido órgão de proteção, então, buscou as crianças nas escolas e entrou em contato com a entidade de acolhimento. A técnica da Casa Oleiro Kids, de sua vez, contatou J., que estava fora da cidade de Barretos, avisando-a sobre o ocorrido e as consequência de sua desídia, mas a requerida deu de ombros para sua obrigação e não retornou para os filhos, que foram novamente acolhidos emergencialmente em 18 de junho de 2019 (fls. 243 da ação de acolhimento). Outrossim, reforçando o estado de abandono das crianças, tem-se que os últimos relatórios informativos elaborados pela entida-

Acesso ao Sumário

de de acolhimento são bastante contundentes a esse respeito, a ponto de sugerirem a destituição do poder familiar (fls. 251/253 e 259/260 da ação de acolhimento). Ambos trazem informações graves, complementando as do CONSELHO TUTELAR, no sentido de que, durante o período de desacolhimento, babás distintas buscaram os filhos de J. na escola, inclusive uma criança de 10 anos tentou isso na última vez, mas foi óbvia e corretamente obstada pela direção da instituição de ensino, que acionou o CONSELHO TUTELAR. Vale destacar que as crianças, tal qual no primeiro acolhimento, chegaram à entidade em situação bastante precária, pois estavam sujas, com piolhos e muito magras. E, dessa vez, uma delas contou à técnica da entidade que já presenciou sua mãe fazer uso de drogas na casa onde moravam, bem como pediu para não receber mais visitas dela, por não acreditar que J. irá mudar, já que ela e seus irmãos ficavam mais com terceiros do que com a própria genitora. Ademais, as pessoas que se comprometeram a auxiliar J. informaram não reunirem condições para tanto, vez que a requerida não coopera. Se tudo isso não bastasse, descobriu-se que J., na realidade, fica mais na cidade de Pontal do que Barretos, recusando-se a esclarecer qual atividade exerce naquela cidade. A propósito, por ficar mais lá do que aqui, o Oficial de Justiça não a encontrou nas duas oportunidades que tentou intimá-la para comparecer ao Fórum (fls. 228 e 235 da ação de acolhimento), para fins de elaboração de estudo psicossocial, restando frustrado o agendamento no setor técnico do Juízo (fls. 227 e 233/234 da ação de acolhimento). Numa das diligências, por sinal, as crianças estavam com uma amiga chamada G. Por fim, pesa, ainda, contra J., o fato de ela e ter visitado seus filhos somente 27 dias após o segundo acolhimento, ou seja, em 15 de julho de 2019.". (fls. 01/09).

Portanto, devido à impossibilidade das crianças conviverem com a família natural ou extensa, o representante do Ministério Público ajuizou ação de destituição do poder familiar, sendo julgada procedente. A recorrente pretende a reforma da sentença.

Pois bem.

Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, exercer o poder familiar, consoante prevê o artigo 1.634 do Código Civil:

*"**I –** dirigir-lhes a criação e educação;*

***II –** tê-los em sua companhia e guarda;*

***III –** conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;*

***IV –** nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;*

***V –** representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;*

***VI –** reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;*

Acesso ao Sumário

VII – *exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição".*

A assistência aos filhos, assim, é dever primordial dos pais, e a estes cabe ser presente, provendo as necessidades de sustento, educação, alimentação, saúde, proporcionando-lhes atenção, segurança, cultura, enfim, todo o suporte necessário para conduzi-los ao pleno desenvolvimento emocional e físico. O descumprimento de tais deveres enseja a destituição do poder familiar, consoante previsão legal.

O exame dos autos revela que a prova contida no presente feito não autoriza a reforma da sentença, a qual, após a devida instrução e respeito ao princípio do contraditório, destituiu a genitora do poder familiar sobre os filhos A.C.A.C., W.L.C.A. e P.H.C.A.

O acervo probatório evidencia, sem sombra de dúvida, a negligência com que as crianças eram expostas.

Feitas essas considerações, verifica-se que a r. sentença impugnada pontua que: *"Não obstante os argumentos apontados às fls. 365/367, como bem consignou o Ministério Público (fls. 371/372), o acolhimento das crianças não ocorreu em razão de sua situação financeira, mas em razão da conduta negligente dos requeridos, que deixaram de fornecer os cuidados básicos que os infantes necessitam. Ademais, a requerida em nenhum momento sinalizou qualquer mudança comportamental que demonstrasse possuir condições de retomar a guarda das crianças, pelo contrário, conforme narrou A.C. às técnicas do juízo, indicou possuir interesse em inseri-la na prostituição, o que demonstra grave situação de risco em eventual retorno no convívio materno. (...) Por fim, os infantes foram ouvidos em audiência e indicaram possuir interesse em serem incluídos em família substituta (fl. 418 dos presentes autos e fl. 153 dos autos nº (...))"* (fls. 430/432).

Nesse sentido, julgado desta C. Câmara Especial:

"APELAÇÃO – Infância e Juventude – Ação de destituição do poder familiar – Juízo da causa que destituiu a genitora do poder familiar sobre seus filhos, ex vi do art. 1638, inciso II, do Código Civil e art. 24, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Prova segura da inaptidão da apelante para exercer com responsabilidade seus deveres parentais – Abandono das crianças pela genitora – Sentença de procedência mantida – Decisão que preserva os superiores interesses dos infantes – Recurso desprovido" (Apelação nº 1014346-49.2022.8.26.0007, Relator Guilherme Gonçalves Strenger, Vice-Presidente, j. 05.02.2024);

"APELAÇÃO – AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR – Sentença de procedência em ordem a destituir os genitores do poder familiar – Recurso somente da genitora – Preliminar afastada – Cerceamento de defesa não verificado – Contexto familiar permeado por

Acesso ao Sumário

vulnerabilidade, negligência e violência doméstica – Uso abusivo de substâncias ilícitas e etílicos pela genitora – Falta de empenho dos genitores para cumprir as metas estabelecidas pela rede protetiva ao longo do acompanhamento - Ausência de família extensa em condições de amparar o infante – Conjunto probatório favorável à destituição do poder familiar e inserção da criança em família substituta indica a violação dos deveres previstos em lei para o sustento, a guarda e a educação dos filhos – Negligência e situação de risco comprovadas – O menor não pode passar a sua infância e adolescência à espera de que os genitores venham a reunir as condições para assumir as suas responsabilidades parentais – Infante está mais protegido e com os direitos preservados na instituição de acolhimento, com possibilidade de ser adotado, do que sob a guarda dos pais – Preservação do Princípio da Proteção Integral e do Melhor Interesse da criança e do adolescente – Recurso não provido." (Apelação nº 1000878-37.2023.8.26.0539, Relator Wanderley José Federighi, Presidente da Seção de Direito Público, j. 15.12.2023);

"APELAÇÃO. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DA GENITORA. Alegado desacerto da decisão porque ausente hipótese a legitimar a medida excepcional. Descabimento. Conjunto probatório suficiente. Infante acolhida institucionalmente em duas oportunidades. Mãe usuária de drogas e que abandonara a filha na instituição, sequer a visitando. Genitor que dera causa ao segundo acolhimento, devido a maus tratos e violência física. Abandono. Descumprimento dos deveres de guarda, proteção e educação caracterizados. Destituição que se impõe, fundada no superior interesse da criança. Inteligência do art. 1.638, II, do Código Civil, e art. 24, ECA. Sentença mantida. Precedentes. RECURSO NÃO PROVIDO." (Apelação nº 1019398-62.2021.8.26.0071, Relator Sulaiman Miguel, j. 18.11.2022);

Assim, a destituição do poder familiar mostra-se necessária para que as crianças A.C.A.C., W.L.C.A. e P.H.C.A. tenham melhores condições de se desenvolver de forma saudável.

Importante destacar, uma vez mais, a propósito de remate, que a destituição do poder familiar está fundamentada no descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, especialmente na negligência, não havendo relação com a falta ou carência de recursos materiais.

É certo que as limitações materiais não devem ensejar, isoladamente, a destituição do poder familiar dos pais; no entanto, é também sabido que tal medida não constitui mera sanção ao dever básico de prestar auxílio material e moral por parte da genitora, mas também providência a ser tomada no interesse das crianças.

Evidencia-se, portanto, a violação, por parte da apelante, do dever básico

Acesso ao Sumário

de prestar auxílio material e moral, de sorte a proporcionar mínimas condições de subsistência digna ao filho. Justificada, assim, a destituição do poder familiar, com fundamento nos artigos 129, X, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Diante deste quadro, de prognóstico até então sombrio para o desenvolvimento físico e psicológico das crianças e, com vistas aos seus superiores interesses, está inviabilizado o convívio com sua família biológica, sendo que a destituição do poder familiar é medida que se impõe.

Enfim, de todo o histórico contido nos autos, não há dúvida de que a destituição do poder familiar é medida impositiva, a fim de possibilitar as crianças viverem em uma família que lhe garanta o desenvolvimento integral e basilar.

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 do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Assim, demonstrado nos autos que a apelante não possui condições de deter ou exercer o poder familiar em relação ao filho, nos termos do artigo 1638, II, do Código Civil e artigos 22 a 24 e 129, X, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente, merece ser mantida a sentença, por seus próprios fundamentos.

Por fim, considero prequestionados todos os dispositivos invocados. Cumpre assinalar que, para efeito de prequestionamento, está claro que inexistiu violação a qualquer norma. Depois, o julgador não está obrigado a mencionar todos os dispositivos constitucionais e legais elencados.

Pelo exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000369-76.2023.8.26.0452, da Comarca de Piraju, em que é apelante G.M.A.D. (MENOR), são apelados ESTADO DE SÃO PAULO e MUNICÍPIO DE MANDURI.

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 NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO, observada a sucumbência recursal ora fixada. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.774)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 18 de abril de 2024.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator e Presidente da Seção de Direito

Acesso ao Sumário

Criminal

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – INFÂNCIA E JUVENTUDE – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – Sentença que julgou parcialmente procedente o pedido – Dispensa de remessa necessária – Artigo 496, § 3º, II e III do Código de Processo Civil – Conteúdo econômico cujo valor estimado é inferior ao limite legal estabelecido para a sujeição da sentença ao duplo grau de jurisdição obrigatório – Tratamento multidisciplinar a criança diagnosticada com Transtorno do Espectro Autista (CID F84.0) – Psicologia, Fonoaudiologia e Psicopedagogia pelo método ABA – Direito à saúde – Direito público subjetivo de natureza constitucional – Prescrição, relatórios médicos e prova pericial insuficientes a comprovar a ineficácia dos tratamentos já disponibilizados gratuitamente pela rede pública de saúde, ou que a superioridade das terapias requeridas, em detrimento das oferecidas pelo Poder Público – Princípio da razoabilidade e da isonomia – Danos morais – Inocorrência – Fixação da sucumbência recursal em favor do ente público apelado, nos termos do artigo 85, § 11, observadas as disposições do artigo 98, §§ 2º e 3º, ambos do Código de Processo Civil – REMESSA NECESSÁRIA NÃO CONHECIDA – APELAÇÃO DESPROVIDA.

VOTO

Trata-se de remessa necessária e apelação interposta por G.M.A.D. contra a r. sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado em ação de obrigação de fazer, para condenar o ente público a fornecer, no prazo de 15 (quinze) dias, o tratamento multidisciplinar pugnado na inicial, afastado o método ABA, e o sendo em outro Município, que seja fornecido gratuitamente o transporte e profissional para acompanhamento. Os honorários sucumbenciais foram fixados em 10% do valor atualizado da causa, de forma recíproca (fls. 280/287).

Sustenta a apelante, em síntese, que o pedido está respaldado no direito à saúde consagrado pela Constituição Federal, argumentando que não compete ao Poder Judiciário especular sobre a terapia preceituada, pois se trata de responsabilidade do profissional médico signatário da requisição. Pontua a im-

Acesso ao Sumário

prescindibilidade do tratamento multidisciplinar pelo método ABA, aprovado pela Associação para a Ciência do Tratamento do Autismo dos Estados Unidos, destacando, ademais, ser o único tratamento que possui evidência científica suficiente para ser considerado eficaz.

Assim, requer seja dado provimento ao recurso, para reformar a r. sentença e determinar que os recorridos forneçam o tratamento pelo método ABA, bem como a fixação de danos morais a serem pagos em razão da negativa do tratamento requerido, julgando-se totalmente procedente o pedido inicial, bem como a majoração dos honorários sucumbenciais para patamar não inferior a 20% do valor da condenação (fls. 299/309).

Houve resposta ao recurso (fls. 184/191).

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça ofertou parecer pelo não provimento do presente recurso (fls. 342/347).

É o relatório.

De início, não conheço da remessa necessária, com fundamento no artigo 496, § 3º, II e III, do Código de Processo Civil.

Isso porque o conteúdo econômico obtido nesta demanda é inferior ao limite mínimo estabelecido no referido dispositivo.

Afinal, em se tratando de tratamento multidisciplinar como o requerido, ainda que as sessões sejam realizadas semanalmente, levando-se em conta o valor médio de cada consulta, certamente o gasto anual dessas sessões representa montante muito inferior ao limite de 100 (cem) salários-mínimos fixados para os Municípios e 500 (quinhentos) salários-mínimos para Estados, em que é dispensada a remessa necessária, nos termos do artigo 496, § 3º, II e III, do Código de Processo Civil[1].

Assim, na hipótese, seja com base no valor atribuído à causa (R$ 10.000,00 – dez mil reais – fl. 13), seja em vista do proveito econômico obtido nos autos, considerando o custo das sessões de terapias pleiteadas, não se alcança o patamar equivalente a 100 (cem) e 500 (quinhentos) salários-mínimos, o que torna dispensável o conhecimento da remessa necessária.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso para, no mérito, negar-lhe provimento.

Com efeito, sem se descurar da envergadura constitucional do direito à saúde, especialmente se titularizado por sujeitos em formação, cujos interesses devem ser resguardados com prioridade absoluta, a teor do artigo 227, *caput*,

Acesso ao Sumário

1 Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:
§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:
II – 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;
III – 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

da Constituição da República, no caso é irreprochável a r. sentença guerreada, ao não vislumbrar a imprescindibilidade do método multidisciplinar almejado, quando existentes outros métodos de terapia fornecidos pelo SUS, com igual ou semelhante eficácia, não servindo para esse fim os documentos médicos existentes (fls. 5 e 42/51), que se limitam a prescrever aludido tratamento, bem como o laudo pericial de fls. 256/254 e 260/264, que concluiu não ser o método ABA o único com bons resultados no tratamento de pacientes com TEA.

Naturalmente que não se coloca em xeque a eficácia do método em questão, já reconhecida pelo órgão administrativo competente. Porém, a questão é que o seu fornecimento, às expensas do Estado, somente pode ocorrer se houver, no caso concreto, a demonstração de que os demais métodos, disponibilizados gratuita e universalmente por meio do Sistema Único de Saúde, revelam-se ineficazes.

E, na hipótese dos autos, não há a demonstração desse requisito atinente à subsidiariedade do método buscado. Ao contrário, registra-se o teor da Nota Técnica nº 1732/2023 – NAT-JUS/SP elaborada para o caso em tela: "*(...) as evidências atuais ainda são escassas para afirmar a superioridade ou inferioridade dos métodos específicos solicitados (ABA) sobre métodos convencionais de reabilitação (...)*", motivo pelo qual posicionou-se desfavoravelmente.

Em sentido semelhante já se posicionou esta Colenda Câmara Especial, *e.g.*:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Menor portador de paralisia cerebral espástica (CID G-82). Pedido de fornecimento, pela Fazenda Pública Estadual, de tratamentos multidisciplinares, entre eles terapias com métodos Therasuit e Bobath. Sentença de improcedência. Laudo médico insuficiente para demonstrar a imprescindibilidade das terapias pleiteadas, bem como sua superioridade em detrimento dos tratamentos disponíveis no SUS. Pareceres do Conselho Federal de Medicina e do Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-Jus) no sentido de que não há evidência científica robusta que comprove a superioridade destas técnicas em relação a outras terapias intensivas multidisciplinares. Precedentes da Câmara Especial. Recurso desprovido."* (TJSP; Apelação Cível 1005545-69.2021.8.26.0302; Relatora: Silvia Sterman; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Jaú – 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 29/07/2022; Data de Registro: 29/07/2022).

Não há que se falar em dano moral, pois não há demonstração de recusa ao cumprimento da r. sentença, tampouco demonstração de que o direito à saúde não foi corretamente tutelado.

Por consequência, forçoso o reconhecimento da sucumbência recursal prevista no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, que ora fixo em R$ 200,00, a ser suportada pela apelante, observado o disposto no artigo 98, §§ 2º e 3º, também do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO DA REMESSA NECESSÁRIA** e **NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO**, observada a sucumbência recursal ora fixada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1500245-64.2022.8.26.0648, da Comarca de (...), em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada E.A.D. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 61798)**

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, 25 de abril de 2024.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: APELAÇÃO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. Ato infracional análogo ao crime previsto no artigo 155, caput, do Código Penal. Concessão de remissão judicial. Recurso ministerial. Ato infracional cometido há cerca de 2 anos. Alcance iminente da maioridade. Ausência de antecedentes e de notícia do cometimento de novos atos infracionais. Contexto social trágico que não pode ser ignorado. Função pedagógica da medida socioeducativa. Aplicação dos princípios da mínima intervenção, brevidade e da atualidade, consoante se verifica dos incisos VII e VIII, do artigo 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Cabimento da concessão de remissão. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fls. 103/105, que extinguiu a representação oferecida pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** contra a adolescente **E.A.D.**, ao conceder a remissão judicial, com base no art. 126, parágrafo único e 127 ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Acesso ao Sumário

Apelou o Ministério Público (fls. 110/115), sustentando que o decurso do tempo não pode ser motivo para a concessão da remissão. Frisa que a adolescente cumpre medida de proteção de acolhimento institucional em razão de sua situação de vulnerabilidade e que no interior da (...), valeu-se de sua irmã mais nova, ainda criança, para a prática do ato infracional e que em três oportunidades subtraiu a quantia de R$ 480,00 o equivalente à mais de 1/3 de um salário-mínimo. Requer provimento ao recurso, a fim de que seja retomado o feito.

Oferecidas contrarrazões (fls. 125/129), subiram os autos e a Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo provimento (fls. 142/146).

É o relatório.

Consta da representação que, em datas incertas, mas até o dia (...), nas dependências da (...) de (...), situada na Rua (...), (...), a adolescente subtraiu, para si, a quantia de R$ 480,00, pertencente a C.M.F. Foi representada por ato infracional análogo ao crime do art. 155, caput, do Código Penal.

Em audiência de apresentação (fls. 65), **E.A.D.** admitiu a prática do ato. Afirmou que está arrependida e que apesar de a quantia lhe ter sido posteriormente subtraída após ter sido levada para a escola, restituiu o valor à vítima, por meio do auxílio que recebe enquanto mãe jovem.

A audiência de continuação foi agendada para o dia 18.06.2023, mas às fls. 103/105, sobreveio a r. sentença que extinguiu o feito ao conceder à jovem a remissão judicial.

Em que pese a irresignação ministerial, acertada a r. sentença, que não merece reparo.

Conforme o artigo 100, caput, e parágrafo único, VIII, e artigo 113, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando da aplicação das medidas socioeducativas, devem ser levadas em conta as necessidades pedagógicas do adolescente, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, além dos princípios da proporcionalidade e atualidade, de modo que a intervenção seja necessária e adequada à situação de perigo em que o adolescente se encontra no momento em que a decisão é tomada. Ainda, nos termos do art. 112, § 1º, do Estatuto, "a medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração".

Como se sabe, a função primordial da medida socioeducativa é pedagógica, e não punitiva, uma vez que tem o objetivo de recuperar o jovem em conflito com a lei para que, efetivamente, conviva e sociedade de forma pacífica, saudável e harmônica. Apesar das medidas socioeducativas acarretarem certa restrição à liberdade, não apresentam natureza retributiva, ostentando índole essencialmente reabilitadora, vez que preordenadas, sempre, a afastar o jovem do meio infracional e fortalecer seus vínculos familiares e comunitários.

Além disso, a intervenção deve ser somente a necessária e adequada à

Acesso ao Sumário

situação de perigo em que o jovem se encontra quando a decisão é tomada. Aplicam-se, às medidas socioeducativas, portanto, os princípios da mínima intervenção, brevidade e da atualidade, consoante se verifica dos incisos VII e VIII, do art. 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No presente caso, como bem observado em sentença, houve considerável decurso de tempo entre os fatos e a instrução processual, haja vista que o delito data de 20.04.2022 e a instrução processual não havia sido realizada até a data da sentença, 19.03.2024, sendo que nesse ínterim a representada não mais apresentou conduta problemática ou reiteração delitiva.

Não só, como muito sensivelmente ressaltado pelo magistrado de origem, não se pode descuidar do trágico contexto social e familiar da representada, que se encontra em acolhimento familiar em virtude dos reiterados estupros que sofreu desde a mais tenra idade, e que culminaram com uma gravidez aos trezes anos e a condenação de seu pai por seu estupro de vulnerável em flagrante, sob circunstâncias estarrecedoras (autos nº (...)).

Decerto, que as condições pessoais da representada não escusam comportamento antissocial. No entanto, no presente caso, a representada demonstra maturidade suficiente para entender a gravidade do ato cometido e providenciou a reparação do dano à vítima por meio de recursos próprios, de forma que a imposição de medida socioeducativa se mostraria meramente punitiva, desvinculada de seu objetivo ressocializador, impondo desnecessário ônus à jovem em situação vulnerável.

Logo, as condições pessoais da representada, aliadas às peculiaridades do caso, são adequadas à concessão da remissão judicial, nos termos do art. 126, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Conflitos de Competência

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0002802-34.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 45ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 8ª VARA CÍVEL DE SANTO ANDRÉ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONHECERAM do conflito negativo de competência e declararam a competência do JUÍZO SUS-

CITADO (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 8ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SANTO ANDRÉ). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.239)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 1º de março de 2024.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Execução de título extrajudicial ajuizada por instituição de ensino contra consumidor, referente a contrato de prestação de serviços educacionais – Remessa dos autos à Comarca de São Paulo em razão de cláusula de eleição prevista em contrato – Impossibilidade – Aplicação do entendimento da Súmula 33 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, e da Súmula 77 deste Egrégio Tribunal de Justiça – Abusividade da cláusula contratual de eleição de foro imposta ao consumidor – Inteligência do artigo 63, § 3º, do Código de Processo Civil – Precedentes desta Colenda Câmara Especial – CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

VOTO

Trata-se de CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA suscitado pelo MM. JUÍZO DE DIREITO DA 45ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DE SÃO PAULO em face do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 8ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SANTO ANDRÉ, nos autos da *Ação de Execução de Título Extrajudicial* ajuizada por Vereda Educação S/A em face de Thania Batista do Prado (Proc. nº 1034591-55.2023.8.26.0554).

Divergem os Juízos sobre a competência para o processamento e julgamento de referida demanda, especialmente quanto à possibilidade (ou não) da declinação, de ofício, da incompetência relativa.

Os autos foram, inicialmente, distribuídos ao Juízo suscitado que, de ofício, declinou da sua competência e determinou a redistribuição do feito, em razão da existência de cláusula de foro de eleição (fl. 51 dos autos de origem).

Deste entendimento diverge o Juízo Suscitante, ao argumento de que a ação está fundada em relação de consumo, batendo pela abusividade da cláusula

Acesso ao Sumário

de eleição de foro unilateralmente imposta ao consumidor. Ressalta, ainda, que é vedada a declinação de competência de ofício, conforme o entendimento da Súmula 77 deste Egrégio Tribunal de Justiça (fls. 1/2 destes autos).

Foi designado o Juízo suscitado (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 8ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SANTO ANDRÉ) para apreciar e decidir questões urgentes (fls. 4/5).

É o relatório.

Conhece-se do conflito negativo de competência, com fundamento no artigo 66, II, do Código de Processo Civil.

O presente conflito é suscitado na ação de *execução de título extrajudicial* ajuizada por VEREDA EDUCAÇÃO S/A em face de Thania Batista do Prado, fundada em contrato de prestação de serviços educacionais.

O processo foi, inicialmente, distribuído ao douto Juízo suscitado, na comarca de Santo André, que declinou da sua competência de ofício, em razão da cláusula da eleição de foro constante do contrato de prestação de serviços educacionais.

Desse entendimento diverge o Juízo suscitante, seja em razão da abusividade da cláusula de eleição de foro imposta ao consumidor, seja em razão da impossibilidade de declinação da incompetência de ofício.

De plano, observa-se que a ação de execução de título extrajudicial foi proposta no foro de domicílio tanto da autora (instituição de ensino prestadora de serviços) quanto da ré (consumidora), de que modo que inviável a declinação da incompetência pelo Juízo suscitado, de ofício, com fundamento em cláusula de eleição de foro, nos termos do entendimento da Súmula 33, do Colendo Superior Tribunal de Justiça[1], e da Súmula 77, deste Egrégio Tribunal de Justiça[2].

Ademais, a ausência de qualquer justificativa para a indicação da cláusula de eleição, quando imposta em contrato de adesão ofertado ao consumidor, traduz a possibilidade do reconhecimento da nulidade contratual decorrente da imposição a este de condição que dificulte a defesa de seus interesses.

A apresentação de tal situação, dificultadora da tutela dos interesses do consumidor, indica ofensa ao princípio geral do Código de Defesa do Consumidor, que torna impositiva a tomada de medidas que venham a facilitar a defesa do consumidor em Juízo (artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor)[3].

E, em se entendendo a cláusula de eleição de foro como cláusula contratual que resulta na supressão ou diminuição do direito do consumidor em ver facilitada a defesa de seus direitos, haveria de ser mesmo escrita de forma

Acesso ao Sumário

1 Súmula n. 33, STJ: *A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício.*

2 Súmula 77, TJSP: *A ação fundada em relação de consumo pode ser ajuizada no foro do domicílio do consumidor (art. 101, I, CDC) ou no do domicílio do réu (art. 94 do CPC), de sorte que não se admite declinação de competência de ofício em qualquer dos casos.*

3 Artigo 6º VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

destacada dos demais itens contratuais, nos termos do artigo 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor[4].

Tudo isto a dizer que, no caso concreto, também está justificada a decisão pela ineficácia da cláusula de eleição de foro, devendo o feito tramitar no foro do domicílio do consumidor, perante o qual inicialmente distribuída a demanda.

E tal decisão, por expressa determinação da lei, pode ser feita antes da citação, o que representa autorização para que o Juiz aja de ofício para afastar a cláusula de eleição de foro.

Sendo afastada a eficácia da cláusula de eleição de foro, a remessa dos autos para o foro do domicílio do réu é obrigatória, conforme se depreende do artigo 63, § 3º, do Código de Processo Civil[5].

Assim, tanto pela aplicação, ao caso concreto, do entendimento da Súmula 33, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, quanto pelo reconhecimento da nulidade da cláusula de eleição de foro de ofício, conforme autorização do artigo 63, § 3º, do Código de Processo Civil, se mostra obrigatória a remessa dos autos para o foro do domicílio do réu.

Nesse sentido, aliás, já decidiu esta Colenda Câmara Especial:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação monitória proposta na comarca de domicílio do réu. Declaração de incompetência de ofício e remessa à comarca de Barueri, em razão da cláusula de eleição de foro. Incompetência relativa. Impossibilidade de declinação de ofício. Relação de consumo. Inteligência das súmulas nº 33 do C. STJ e nº 77 do E. TJSP. Precedente. Competência do Juiz suscitado da 1ª Vara de Cajamar. (TJSP; Conflito de competência cível 0031561-13.2021.8.26.0000; Relator: Dimas Rubens Fonseca (Pres. da Seção de Direito Privado; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Cajamar – 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 02/09/2021; Data de Registro: 02/09/2021)

Ante o exposto, **CONHEÇO** do conflito negativo de competência e declaro a competência do **JUÍZO SUSCITADO (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 8ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SANTO ANDRÉ)**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0008422-27.2024.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAMÍLIA e DAS SU-

4 Artigo 54, § 4º – as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

5 "Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações.
(...)
§ 3º Antes da citação, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu. (...)"

CESSÕES DE MOGI DAS CRUZES, interessados (...), é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DE MOGI DAS CRUZES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito negativo e deram provimento para declarar a competência do Juízo suscitado. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 122.256)**

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, 25 de março de 2024.

BERETTA DA SILVEIRA, Vice-Presidente e Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação Declaratória de Direito Real de Habitação c.c. Pedido de Obrigação de Não Fazer. Distribuição ao MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Mogi das Cruzes. Redistribuição ao MM. Juízo de Direito da 1ª Vara da Família e das Sucessões da Comarca de Mogi das Cruzes. Impossibilidade. Inexistência de questões de estado, casamento ou união estável. Matéria de natureza patrimonial, própria do direito privado, no âmbito cível, ainda que decorrente de direito sucessório, o que afasta a competência da Vara da Família e das Sucessões. Precedentes. Competência do MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Mogi das Cruzes, suscitado.

VOTO

Cuida-se de **conflito negativo de competência** suscitado pelo **MM. Juízo de Direito da 1ª Vara da Família e das Sucessões da Comarca de Mogi das Cruzes** em face do **MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Mogi das Cruzes**, nos autos da Ação Declaratória e Direito Real de Habitação c. c. Pedido de Obrigação de Não Fazer nº (...), ajuizada por E.F.P. em face de *(i)* K.C.P.B., *(ii)* S.C.P.F., *(iii)* V.P.F. e *(iv)* L.M.P., por ocasião do óbito de V.P.

Sustentou tratar-se de *"matéria atrelada ao direito patrimonial e obrigacional."* (fl. 59 da origem). Salientou que *"a autora (viúva-supérstite) busca o reconhecimento do direito real de habitação sobre imóvel adquirido pelo de cujus (Sr. V.P.) em conjunto com sua primeira esposa, já falecida (Sra. R.P.), em meados de 2009, ou seja, data anterior ao casamento do falecido com a autora*

Acesso ao Sumário

(meados de 2019), pretende a autora, ainda, impedir que os requeridos (herdeiros do Sr. V.P.) se abstenham de alienar o imóvel em questão." (fls. 59/60 da origem). Defendeu não se tratar *"de competência da Vara Especializada em Direito Sucessório, mas sim de competência do Juízo Cível suscitado."* (fl. 60 da origem). Por fim, ressaltou jurisprudência desta C. Câmara Especial (Câmara Especial do TJSP Conflito Negativo de Competência nº 0034345-94.2020.8.26.0000; Relatora Dra. Lídia Conceição; DJe. 30/09/2020) (Câmara Especial do TJSP Conflito Negativo de Competência nº 0004335-62.2023.8.26.0000; Relatora Dra. Ana Luiza Villa Nova; DJe. 11/05/2023).

Processado o conflito de competência, foi designado o MM. Juízo suscitado (MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Mogi das Cruzes) para apreciar as medidas urgentes (fls. 05/06).

Ausentes as hipóteses de intervenção do Ministério Público no processo originário (artigo 951, parágrafo único, do Código de Processo Civil), os autos não foram remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça para parecer.

É O RELATÓRIO.

Está configurado o conflito negativo de competência, pois ambos os Juízos se consideraram incompetentes para processar e julgar a ação, nos termos do artigo 66, inciso II, do Código de Processo Civil.

Trata-se de Ação Declaratória e Direito Real de Habitação c. c. Pedido de Obrigação de Não Fazer ajuizada por E.F.P. (cônjuge supérstite) em face de *(i)* K.C.P.B., *(ii)* S.C.P.F., *(iii)* V.P.F. e *(iv)* L.M.P., buscando o reconhecimento do direito real de habitação com fulcro no artigo 1.831 do Código Civil.

A ação foi distribuída ao MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Mogi das Cruzes que, por entender que a demanda possui fundamento em direito sucessório, declinou da competência e determinou redistribuição dos autos a uma das Varas de Família e Sucessões da Comarca de Mogi das Cruzes/SP (decisão à fl. 46 da origem).

Redistribuídos os autos, o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara da Família e das Sucessões da Comarca de Mogi das Cruzes suscitou o presente conflito de competência (fls. 59 e 60/62 da origem).

Razão assiste ao MM. Juízo suscitante.

Com efeito, trata-se de Ação Declaratória e Direito Real de Habitação c. c. Pedido de Obrigação de Não Fazer em que a requerente busca a declaração do direito real de habitação em imóvel, sob a alegação de que residia no local com o seu esposo, ora falecido, e, portanto, deve-lhe ser concedido o uso vitalício sobre o imóvel ou, alternativamente, que o Juízo permita a ocupação do imóvel pela requerente por tempo suficiente para que esta possa se reorganizar financeiramente para se estabelecer em outro local.

Deveras, a matéria em discussão, embora decorrente de direito sucessório, não está diretamente relacionada a questões de estado, casamento ou união

Acesso ao Sumário

estável, e sim discussão de natureza patrimonial e possessória.

Em vistas disso, a pretensão aqui deduzida não se enquadra em nenhuma das hipóteses estabelecidas como sendo de competência absoluta das Varas da Família e das Sucessões, previstas no artigo 37 do Código Judiciário do Estado de São Paulo, *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.

II – conhecer e decidir as questões relativas a:

a) capacidade, pátrio poder, tutela e curatela, inclusive prestação de contas;

b) bens de incapazes;

c) registro e cumprimento de testamentos e codicilos;

d) arrecadação de herança jacente, bens de ausentes e vagos;

e) suprimento de idade e consentimento, inclusive outorga marital e uxória;

f) vínculos, usufruto e fideicomisso;

g) adoção e legitimação adotiva, ressalvados os casos de competência das Varas de Menores;

h) fundações instituídas por particulares e sua administração"

Assim, a competência para processar e julgar ações relativas a direitos reais decorrentes de direito sucessório, quando não envolvem diretamente questões de estado, casamento ou união estável, é da Vara Cível e não da Vara da Família e das Sucessões.

Nesse sentido, confira-se precedentes desta Colenda Câmara Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação declaratória de direito real de habitação c.c declaratória de nulidade de débito – Inexistência de questões de estado, casamento ou união estável – Matéria de natureza patrimonial, própria do direito privado, no âmbito cível, ainda que decorrente de direito sucessório, o que afasta a competência da Vara da Família e Sucessões – Precedentes desta Câmara Especial – Conflito negativo procedente, competência do MMº. Juiz suscitado (2ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto)." (TJSP; Conflito de competência cível 0004335-62.2023.8.26.0000; Relatora: **Ana Luiza Villa Nova**; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Ribeirão Preto – 1ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 11/05/2023; Data de Registro: 11/05/2023).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de imissão na posse – Alegada perda do direito real de habitação de imóvel já partilhado –

Acesso ao Sumário

Ação distribuída ao MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível do Foro Regional de Nossa Senhora do Ó – Redistribuição ao MM. Juízo de Direito da 1ª Vara da Família e Sucessões do mesmo Foro Regional – Ação que não envolve matéria afeta ao Direito de Família e Sucessões, ante a finalização do inventário e partilha dos bens deixados pelo autor da herança – Matéria vinculada ao direito das obrigações – Conflito conhecido para declarar a competência do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE NOSSA SENHORA DO Ó (suscitado).” (TJSP; Conflito de competência cível 0008757-17.2022.8.26.0000; Relator: **Guilherme Gonçalves Strenger** (Vice-presidente); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional XII – Nossa Senhora do Ó – 1ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 25/04/2022; Data de Registro: 25/04/2022).

“Conflito de competência. Ação de obrigação de não fazer cumulada com indenização por danos morais. Imóvel, residência da autora, partilhado na ação de inventário dos bens deixados pelo seu marido. Pedidos deduzidos pela cônjuge-sobrevivente para constituição do direito real de habitação, bem como para que os corréus, condôminos, se abstenham de praticar atos de comercialização imobiliária, além de reparação por danos morais. Declinação da competência pelo MM. Juízo Cível ao MM. Juízo em que proferida sentença na ação de inventário. Impossibilidade. Pedido de natureza meramente obrigacional, cujo reconhecimento, na forma preconizada pelo artigo 1.831 do Código Civil não repercute na definição de propriedade dos bens partilhados e que deve ser conhecida pelo Juízo Cível. Matéria que não está afeta a competência absoluta das Varas da Família e Sucessões, nos termos do art. 37 do Código Judiciário do Estado de São Paulo. Competência da 8ª Vara Cível de Ribeirão Preto, ora suscitado. Conflito procedente.” (TJSP; Conflito de competência cível 0034345-94.2020.8.26.0000; Relatora: **Lidia Conceição**; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Ribeirão Preto – 3ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 30/09/2020; Data de Registro: 30/09/2020).

Ante o exposto, **CONHEÇO DO CONFLITO NEGATIVO** para declarar a competência do **MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Mogi das Cruzes**, suscitado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0004623-73.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DO JABAQUARA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE SANTANA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONHECERAM do conflito negativo de competência e DECLARARAM a competência do juízo suscitado (MM. Juízo de Direito da 5ª Vara Cível do Foro Regional I Santana da Comarca de São Paulo). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.355)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 26 de março de 2024.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de busca e apreensão de veículo – Demanda inicialmente distribuída no foro do domicílio da requerida – Declinação de competência, dentro da comarca da Capital, para outro endereço informado posteriormente – Impossibilidade – Endereço que corresponde àquele constante do contrato celebrado entre as partes (cédula de crédito bancário) – Fixação da competência que ocorre no momento de distribuição da demanda – Prevalência do princípio da *Perpetuatio Jurisdictionis* – Observância das regras estabelecidas nos artigos 43 e 59 do Código de Processo Civil – Precedentes – CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível do Foro Regional III – Jabaquara em face do MM. Juízo de Direito da 5ª Vara Cível do Foro Regional I – Santana, ambos da Comarca de São Paulo, nos autos da ação de busca e apreensão movida pelo Banco Itaú Unibanco Holding S.A em face de A.C.G. (Proc. nº (...)).

Divergem os Juízos sobre a competência para o conhecimento, processamento e julgamento de mencionada demanda, inicialmente distribuída ao MM. Juízo da 5ª Vara Cível do Foro Regional I – Santana, da Comarca de São Paulo, que declinou de sua competência e determinou a remessa do feito ao Juízo suscitante, ao argumento de que o endereço atual da requerida está situado em área sob sua jurisdição, a qual possui natureza funcional e absoluta (fls. 96/98 dos

Acesso ao Sumário

autos de origem).

Desse entendimento diverge o Juízo Suscitante, sob alegação de que, em conformidade com o endereço da requerida apontado na inicial, a competência é do Foro Regional de Santana, a teor do que dispõe o artigo 43 do Código de Processo Civil. Diz, ainda, que deve prevalecer o entendimento segundo o qual a fixação da competência se dá no momento da distribuição do feito no foro regional competente, sendo vedado o seu encaminhamento para foro diverso (fls. 106/108, dos autos de origem).

Foi designado o Juízo **SUSCITADO** (MM. Juízo de Direito da 5ª Vara Cível do Foro Regional de Santana da Comarca de São Paulo) para apreciar e decidir questões urgentes (fls. 5/6).

É o relatório.

Conhece-se do conflito negativo de competência, com fundamento no artigo 66, II, do Código de Processo Civil já que ambos os Juízos declinam da competência para processar e julgar o feito.

O incidente foi tirado em ação de busca e apreensão de veículo movida pelo Banco Itaú Unibanco Holding S.A contra a requerida, em razão de inadimplemento de parcela devida em Cédula de Crédito Bancário (Proc. nº (...)).

Na hipótese, assiste razão ao Juízo Suscitante.

Não se olvida que a competência dos Juízos da comarca de São Paulo é disciplinada por Normas de Organização Judiciária e, tratando-se de competência de Juízos da comarca da capital, de natureza funcional, pode haver a declinação *ex officio* da incompetência.

No entanto, embora possível o reconhecimento de ofício da incompetência dentro da comarca da Capital, não se justifica, no caso em tela, a redistribuição dos autos ao Juízo suscitante.

Observa-se que a ação foi direcionada ao Foro Regional de Santana em função do endereço da requerida constante do contrato celebrado entre as partes (cédula de crédito bancário fls. 63/69 dos autos de origem), e para o qual foi expedida e recebida a notificação extrajudicial (fls. 72/74 dos autos de origem), que se situa sob a jurisdição do Foro Regional de Santana.

Portanto, há concreta vinculação do endereço escolhido pela parte autora para o ajuizamento da demanda ao Foro Regional de Santana.

Noutras palavras, a distribuição inicial ao Juízo suscitado não se deu por equívoco ou em foro aleatório, mas, sim, em respeito ao previsto no artigo 46[1], do Código de Processo Civil, uma vez que a ré foi demandada no foro do domicílio indicado no contrato celebrado entre as partes.

E se assim é, está correta a distribuição do feito ao Juízo suscitado.

Nem se argumente pela alteração do foro competente em razão da mudança do endereço da parte requerida após o ajuizamento da demanda.

1 Art. 46. A ação fundada em direito pessoal ou em direito real sobre bens móveis será proposta, em regra, no foro de domicílio do réu.

Acesso ao Sumário

É que o caso concreto não se insere nas hipóteses de exceção à regra geral disposta no artigo 43 do Código de Processo Civil, de modo que deve ser observado o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

Dessa forma, resolve-se o conflito negativo de competência pela aplicação da regra prevista nos artigos 43[2] e 59[3], ambos do Código de Processo Civil, a impor o entendimento de que o processo deve tramitar pelo Juízo suscitado, ao qual foi inicialmente distribuída a demanda.

Nesse sentido já se posicionou esta C. Câmara Especial:

Conflito Negativo de Competência – Ação de busca e apreensão – Contrato de financiamento de veículo com endereço do réu pertencente ao território da jurisdição do Foro Regional do Tatuapé – Declinação "ex officio" pelo Juízo suscitado, sob o argumento de não ser o novo endereço da parte ré pertencente à sua área de competência – Impossibilidade – Indicação de endereço do réu previsto no contrato na jurisdição do Juízo suscitado – Aplicação, ademais, dos artigos 43 e 59, ambos do Código de Processo Civil – Precedentes da Colenda Câmara Especial – Conflito procedente – Competência do Juízo da 4ª Vara Cível do Foro Regional do Tatuapé, ora suscitado. (TJSP; Conflito de competência cível 0044540-36.2023.8.26.0000; Relator: Xavier de Aquino (Decano); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional V – São Miguel Paulista – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/03/2024; Data de Registro: 13/03/2024)

Conflito Negativo de Competência – Ação de busca e apreensão – Contrato com cláusula de eleição do Foro da Comarca de São Paulo – Declinação "ex officio" pelo Juízo do Foro Central determinando a redistribuição ao Foro Regional do Tatuapé, sob o argumento de não ser o endereço da parte ré pertencente à área de competência do Foro Regional; e não haver incidência do Código de Defesa do Consumidor – Impossibilidade – Indicação de endereço da ré na jurisdição do Juízo suscitado – Aplicação, ademais, dos artigos 43 e 59, ambos do Código de Processo Civil – Precedentes da C. Câmara Especial – Conflito procedente – Competência do Juízo da 2ª Vara Cível do Foro Central da Capital, ora suscitado. (TJSP; Conflito de competência cível 0023436-85.2023.8.26.0000; Relator: Xavier de Aquino (Decano); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Cível – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/10/2023; Data de Registro: 02/10/2023)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de busca e apreensão de veículo. Declinação de competência, dentro da comarca da Capi-

Acesso ao Sumário

2 Art. 43. Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta.

3 Art. 59. O registro ou a distribuição da petição inicial torna prevento o juízo.

tal, para um dos endereços do réu constantes da inicial. Impossibilidade. Endereço escolhido pelo autor que guarda vinculação com o Foro Regional para o qual direcionada a ação, por estar no contrato e ser o local em que recebida pessoalmente a notificação extrajudicial. Hipótese de competência concorrente que não autoriza a redistribuição dos autos. Conflito procedente para reconhecer a competência do Juízo suscitado da 4ª Vara Cível do Foro Regional de Penha de França. (TJSP; Conflito de competência cível 0034509-30.2018.8.26.0000; Relator: Fernando Torres Garcia (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Cível – 37ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/10/2018; Data de Registro: 02/10/2018)

Destarte, é forçoso o acolhimento das razões apresentadas pelo Juízo suscitante.

Ante o exposto, **CONHEÇO** do conflito negativo de competência e **DECLARO** a competência do juízo suscitado (MM. Juízo de Direito da 5ª Vara Cível do Foro Regional I – Santana da Comarca de São Paulo).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0011104-52.2024.8.26.0000, da Comarca de Taquaritinga, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DE TAQUARITINGA, interessados ANTONIO CARLOS MAIA GUTIERRES, PATRICIA MAIA GUTIERRES, PINTURAS YPIRANGA LTDA., ALVARO DE MAGALHAES RUIZ, MARCO ANTONIO AFONSO DA MOTA e GLENISTER HILPERT, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS DO FORO CENTRAL DA CAPITAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declararam competente para conhecer e julgar a ação o Juízo da 3ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Capital, ora suscitado. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 59.688)**

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, 5 de abril de 2024.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Demanda ajuizada junto a 1ª Vara Judicial da Comarca de Taquaritinga, que declinou de sua competência ante a convolação da recuperação judicial da empresa ré em falência. Remessa à 3ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Capital. Competência declinada por existir recurso que suspendeu os efeitos da convolação. Incidente ajuizado após a falência. Recurso julgado, pela manutenção da convolação em falência. Juízo Universal da falência que é competente para conhecer todas as ações de interesse da massa falida que versam sobre bens, interesses e negócios propostos em face do falido, bem como, atos judiciais que envolvam o patrimônio da massa falida, sob pena de prejuízo ao concurso universal de credores. Inteligência do art. 76, da Lei nº 11.101/05. Desconsideração que só pode ser decretada pelo juízo falimentar, nos termos do art.82-A, § único, da Lei nº 11.101/05. Precedentes. Conflito conhecido. Competência do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Capital, ora suscitado.

VOTO

Cuida-se de **Conflito Negativo de Competência** suscitado pelo **MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA JUDICIAL DA COMARCA DE TAQUARITINGA** em face do **MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS DO FORO CENTRAL DA CAPITAL**, nos autos do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica nº 0002696-92.2023.8.26.0619, movido por Antonio Carlos Maia Gutierrez e Outro em face de Pinturas Ypiranga Ltda. e Outro.

Sustenta o juízo suscitante que fora negado provimento ao Agravo de Instrumento nº 2051588-12.2023.8.26.0000, e, por consequência, mantida a decisão que convolou a recuperação judicial em falência. A empresa falida manifestou-se nos autos do processo de falência nº 1003976-33.2018.8.26.0108, que não irá recorrer da referida decisão proferida no recurso de agravo de instrumento. A remessa dos autos a este juízo foi realizada de maneira prematura. O juízo de falência é universal (fls. 36/37 dos autos).

É O RELATÓRIO.

Está configurado o conflito negativo de jurisdição, pois ambos os Juízes

Acesso ao Sumário

se consideraram incompetentes para conhecer da causa, nos termos do art. 953 e seguintes do Código de Processo Civil.

Assiste razão ao Juízo suscitante.

Trata-se de incidente de desconsideração da personalidade jurídica da empresa Pinturas Ypiranga Ltda, que visa a inclusão de seus sócios no polo passivo da ação.

A ação foi distribuída originariamente à 1ª Vara Judicial da Comarca de Taquaritinga, que declinou de sua competência alegando que segundo o art. 82-A, § único, da Lei nº 11.101/05, a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida, para fins de responsabilização de terceiros, grupo, sócio ou administrador por obrigação desta, somente pode ser decretada pelo juízo falimentar, com observância do art. 50 do Código Civil e artigos 133 1 137 do Código de Processo Civil, não se aplicando, porém, a suspensão de que trata o § 3º, do art.134 do Código de Processo Civil. Aduziu que o art. 82 da Lei nº 11.101/05, prevê que a responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo. Sustentou que o art.82-A da Lei nº 11.101/05, introduzido pela Lei nº 14.112/20, tem incidência sobre os pedidos de recuperação judicial ajuizados após 23.02.21 (art. 5º, § 1º, inciso III, da Lei nº 14.112/20), que é o caso dos autos, uma vez que a recuperação judicial foi ajuizada em 24.09.21 (fls. 28/29 dos autos).

Recebidos os autos pelo juízo suscitado, este também declinou de sua competência alegando que foi proferida decisão nos autos principais (fls. 22.519/22.531) que convolou a recuperação judicial em falência, sendo que a decisão foi objeto de Agravo de Instrumento nº 2051588-12.2023.8.26.0000, no qual determinou-se a suspensão dos efeitos da convolação, não havendo que se falar em juízo universal (fls. 33/34 dos autos).

Novamente redistribuído os autos à 1ª Vara Judicial da Comarca de Taquaritinga, ele suscitou o presente conflito de competência.

Com é cediço, o Juízo da falência é competente para apreciar as ações sobre bens, interesses e negócios da massa falida, conforme o disposto no art. 76, caput, da Lei de Falências e Recuperação Judicial (Lei nº 11.101/05), *in verbis*:

"Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.

Parágrafo único. Todas as ações, inclusive as excetuadas no caput deste artigo, terão prosseguimento administrador judicial, com o que deverá ser intimado para representar processo."

In casu, pleiteia o autor, em síntese, nos autos do incidente, a descon-

Acesso ao Sumário

sideração da personalidade jurídica da empresa Pinturas Ypiranga Ltda, com inclusão de seus sócios no polo passivo.

Observa-se nos autos de origem que o incidente foi ajuizado após a decretação da falência, cabendo assim ao juízo falimentar a análise sobre a decretação da desconsideração da personalidade jurídica, observando-se a regra do art. 82 e 82-A, parágrafo único da Lei nº 11.101/05.

Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.

Art. 82-A. É vedada a extensão da falência ou de seus efeitos, no todo ou em parte, aos sócios de responsabilidade limitada, aos controladores e aos administradores da sociedade falida, admitida, contudo, a desconsideração da personalidade jurídica. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

Parágrafo único. A desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida, para fins de responsabilização de terceiros, grupo, sócio ou administrador por obrigação desta, somente pode ser decretada pelo juízo falimentar com a observância do art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) e dos arts. 133, 134, 135, 136 e 137 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), não aplicada a suspensão de que trata o § 3º do art. 134 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

Nesse sentido, julgados desta Câmara Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DA EXECUTADA. INCLUSÃO DE PESSOA JURÍDICA FALIDA NO POLO PASSIVO DO INCIDENTE. DETERMINAÇÃO DE REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO FALIMENTAR. 'VIS ATTRACTIVA'. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO AO FALIDO QUE SE OPERA APÓS A FORMULAÇÃO DO PEDIDO DE FALÊNCIA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTS. 76 E 78, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 11.101/2005. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FALIMENTAR (SUSCITANTE). CONFLITO PROCEDENTE." (TJSP; Conflito de competência cível 0022679-67.2018.8.26.0000; Relator: Fernando Torres Garcia (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Americana – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/10/2018; Data de Registro: 30/10/2018)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de rescisão de contrato de arrendamento – Demanda ajuizada por dependência ao Juízo da Falência – Determinação de livre distribuição – Impossibilidade – Decretação

Acesso ao Sumário

de falência anteriormente ao ajuizamento da ação de rescisão do contrato de arrendamento – Arrendamento dos bens móveis de patrimônio da empresa falida que foi determinado pelo próprio Juízo falimentar – Juízo Universal da falência que é competente para conhecer todas as ações de interesse da massa falida que versam sobre bens, interesses e negócios propostos em face do falido, bem como atos judiciais que envolvam o patrimônio da massa falida, sob pena de prejuízo ao concurso universal de credores – Inteligência do art. 76, da Lei nº 11.101/05 – Precedentes – Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitado. (TJSP; Conflito de competência cível 0007232.97.2022.8.26.0000; Relator: Francisco Bruno (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Santa Bárbara d'Oeste – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/05/2022; Data de Registro: 23/05/2022).

No presente conflito, importante ponderar, que o Agravo de Instrumento que havia suspendido os efeitos da convolação, teve seu provimento negado, com o respectivo trânsito em julgado.

Portanto, julgo procedente o conflito e declaro competente para conhecer e julgar a ação o Juízo da 3ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Capital, ora suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0007226-22.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 22ª VARA CÍVEL DA CAPITAL e suscitado MM JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM DA CAPITAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito, competente o MM. Juízo Suscitante (MMª. Juíza de Direito da 22ª Vara Cível da Capital). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº CC-0071/24-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, 7 de abril de 2024.

TORRES DE CARVALHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de indenização cumulada com obrigação de não fazer – Juízo da 2ª Vara Empresarial que declinou da competência – Redistribuição à 22ª Vara Cível – Possibilidade – Competência que se fixa de acordo com a causa de pedir – Pretensão à proteção autoral de produtos de desenhos e notas – Matéria que não está incluída no rol de competência definido pela Resolução OE nº 763/2016 (artigo 2º) – Normas definidoras da especialização de varas que devem ser interpretadas restritivamente, a fim de evitar indiscriminada ampliação da competência – Precedentes – Procedente o conflito – Competência do MM. Juízo Suscitante.

VOTO

1. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 22ª VARA CÍVEL DA CAPITAL em face do MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM DA CAPITAL, em ação de indenização cumulada com obrigação de não fazer ajuizada por LP Engenharia e Consultoria Ltda. contra IDOM Consultoria Ltda. (proc. nº 1174775-65.2023.8.26.0100). A ação foi distribuída livremente ao MM. Juízo Suscitado, que declinou da competência, por reputar ser questão afeta ao direito autoral, não prevista no Livro II da Parte Especial do Código Civil ou no art. 2º da Resolução nº 763/2016 (fls. 779, proc. de origem). Contemplado pela redistribuição, o MM. Juízo Suscitante discordou, após considerar que a pretensão se baseia na violação de direito autoral decorrente de particularidades gráficas, detalhes, notas e informações de engenharia de criação e autoria, sem autorização da requerente, em prática de concorrência desleal. Destacou que a Vara especializada julgou o proc. nº 1020902-16.2021.8.26.010, similar e com as mesmas partes (fls. 785/786, proc. de origem). Designou-se o Juízo Suscitante para a apreciação de eventuais medidas urgentes (fls. 04).

É o relatório.

2. O conflito negativo de competência está configurado, porquanto ambos os Juízos declinaram da competência para conhecer, processar e julgar o pedido (art. 66, II, do CPC).

Respeitado posicionamento diverso, assiste razão ao MM. Juízo Suscitado.

3. A ação de indenização cumulada com obrigação de não fazer foi ajuizada por LP Engenharia e Consultoria Ltda. contra IDOM Consultoria Ltda., em razão de ter como objeto social a elaboração de consultoria em projetos de

Acesso ao Sumário

engenharia na construção civil, e assim registrou, junto à Biblioteca Nacional, particularidades gráficas, detalhes, notas e informações de engenharia de sua criação e autoria. Aduz ter tomado conhecimento de que a ré apresentou à empresa Estrella Galicia projeto com elementos, desenhos, notas e características similares aos seus, protegidos pela Lei nº 9.279/1996 e Lei 9.610/1998, com imitação voltada ao mesmo segmento. Pede seja reconhecida ofensa ao seu direito autoral, com condenação da ré ao pagamento de dano material no valor de R$ 80.000,00 e danos morais de R$ 20.000,00 (fls. 01/17, proc. de origem).

4. Competência da Vara Cível. Consoante se extrai da causa de pedir e do pedido (arts. 103[1] e 104[2] do Regimento Interno desta Corte), a pretensão deduzida deverá ser solucionada à luz das normas civilistas e do autoral – Lei nº 9.610/98. À evidência, a matéria não está incluída no rol de competências definidas pelo artigo 2º, da Resolução OE nº 763/2016, a saber:

> "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 nº 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 Comarca da Capital, que passam a se chamar 1ª, 2ª e 3ª Varas de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital."

Nesse sentido, a C. Câmara Especial adotou tal posicionamento em casos similares:

> "CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de reconhecimento de direitos autorais c/c lucros cessantes c/c indenização por danos morais. Remessa à Vara Empresarial e Conflito de Arbitragem. Descabimento. Matéria não inserida na competência das Varas Empresariais. Questão referente à direito autoral. Inteligência dos art. 2º da Resolução 763/2016 e arts. 5º, II.3, e 6º da Resolução 623/2013. Previsão contida na Resolução nº 763/2016 que evidencia a necessidade de simetria entre a competência da Vara Empresarial e das Câmaras Reservadas. Precedentes. Competência afeta às Varas Cíveis. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitado." (TJSP; Conflito de competência cível 0017397-09.2022.8.26.0000; Relator: Francisco Bruno (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Santana de Parnaíba – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/06/2022;

Acesso ao Sumário

1 RI/TJ Art. 103. A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la.

2 RI/TJ Art. 104. A competência em razão da matéria, do objeto ou do título jurídico é extensiva a qualquer espécie de processo ou tipo de procedimento.

Data de Registro: 29/06/2022);

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de reparação de danos morais e materiais, na qual se objetiva a retirada em ambiente virtual de conteúdo supostamente plagiado, bem como pedido indenizatório. Remessa à Vara Empresarial e Conflito de Arbitragem. Descabimento. Matéria não inserida na competência das Varas Empresariais. Questão referente à direito autoral. Inteligência dos art. 2º da Resolução 763/2016 e arts. 5º, II.3, e 6º da Resolução 623/2013. Previsão contida na Resolução nº 763/2016 que evidencia a necessidade de simetria entre a competência da Vara empresarial e das Câmaras Reservadas. Precedentes. Competência afeta às Varas Cíveis. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitado." (TJSP; Conflito de competência cível 0023265-02.2021.8.26.0000; Relator: Guilherme G. Strenger (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional II – Santo Amaro – 15ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/07/2021; Data de Registro: 21/07/2021).

Idem: TJSP Câmara Especial Conflito de competência cível nº 0019478-28.2022.8.26.0000, Rel(a). Des(a). Ana Luiza Villa Nova j. em 31.08.2022.

5. Simetria entre instâncias. Importante ressaltar que as normas definidoras da especialização de Varas devem ser interpretadas restritivamente a fim de evitar indiscriminada ampliação da competência e, no caso específico das Varas Empresariais, deve haver simetria com as atribuições das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial. Nesse sentido:

"APELAÇÃO. DIREITO AUTORAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. COMPETÊNCIA DAS C. CÂMARAS DA PRIMEIRA SUBSEÇÃO DE DIREITO PRIVADO. RECURSO NÃO CONHECIDO. Apelação. Direito autoral. Sentença de improcedência. Insurgência da autora. Competência recursal. Direitos autorais. Ação fundada na Lei nº 9.610/1998. Competência das C. Câmaras da Primeira Subseção de Direito Privado. Art. 5º, I, I.30, da Resolução 623/2013 deste E. TJSP. Jurisprudência. Redistribuição determinada. Recurso não conhecido.

(...).

A apelante é detentora de registro de direito autoral perante a Fundação Biblioteca Nacional, datado de 02/09/2014, sobre desenho artístico denominado 'Cavalo' (fl. 35) e ajuizou a presente ação pleiteando seja a recorrida compelida 'a definitivamente deixar de explorar a obra CAVALO, por qualquer meio, de qualquer forma e em todo território nacional, bem como, seja condenado ao pagamento de indenização por danos morais e patrimoniais'.

Alega que a marca figurativa de titularidade da apelada, concedida em 12/03/2019, viola seus direitos autorais (fls. 297/298).

(...).

Na forma 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

Acesso ao Sumário

ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la". A hipótese em comento trata de ação promovida contra alegada violação de direito autoral sobre obra artística, com fundamento na Lei nº 9.610/1998.

É da competência das Colendas Câmaras da Primeira Subseção de Direito Privado o processamento e julgamento das ações de direito autoral, como dispõe o artigo 5º, inciso I, alínea 'I.30', da Resolução nº 623/2013 deste Egrégio Tribunal de Justiça, in verbis:

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:

(...) I.30 – Ações relativas a direitos de autor; (...)'

Logo, esta Colenda Câmara não tem competência para o julgamento do presente recurso." (TJSP; Apelação Cível 1070800-66.2019.8.26.0100; Relator (a): J.B. Paula Lima; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível – 34ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/10/2023; Data de Registro: 30/10/2023) **(g.n.);**

"Ação de Obrigação de não fazer cumulada com indenização por danos materiais. **Violação de direitos autorais tutelados na Lei 9.610/98**. Matéria que não envolve o tema empresarial. Observância do artigo 6º da Resolução n.º 623/2013. Competência de uma das Câmaras da Primeira Subseção de Direito Privado. Precedentes. Recurso não conhecido, com determinação de redistribuição." (TJSP; Apelação Cível 1000605-11.2021.8.26.0060; Relator: Natan Zelinschi de Arruda; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Auriflama – Vara Única; Data do Julgamento: 08/05/2023; Data de Registro: 08/05/2023) **(g.n.)**

6. Por fim, não se reconhece a existência de conexão com a ação nº 1174775-65.2023.8.26.0100 entre as mesmas partes, pois já proferida sentença pelo MM. Juízo, o que faz cessar a necessidade de reunião dos processos a teor do disposto no art. 55 § 1º do C.P.C.. Ademais, eventual alegação de concorrência desleal, na hipótese examinada, decorre de violação de direito autoral, matéria que se insere na competência do Juízo Cível.

O voto é pela procedência do conflito, competente o MM. Juízo Suscitante (MMª. Juíza de Direito da 22ª Vara Cível da Capital).

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2244478-46.2021.8.26.0000/50002, da Comarca de Porto Ferreira, em que são agravantes E.C.T. (ESPÓLIO), L.F.C.T. (ESPÓLIO) e L.F.C.T. (INVENTARIANTE), é agravado EXCLUSIVO DISTRESSED FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS NÃO PADRONIZADOS.

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 57125)**

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, 28 de fevereiro de 2024.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. Reconhecimento da existência da obrigação de pagar quantia, de fazer, não fazer ou entregar coisa. Eficácia executiva. Possibilidade de cumprimento nos próprios autos (tema 889). Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento estabelecido no E. STJ em julgamento repetitivo. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de **Agravo Interno Cível** interposto por L.F.C.T. e outros, L. F.C.T., E.C.T. contra decisão que, em cumprimento de sentença proferida em ação declaratória julgada improcedente, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Especial**, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.324.152/SP, julgado sob o regime dos recursos repetitivos. Alegam que o v. Acórdão guerreado está em

desacordo com o tema 889, em razão da ausência dos requisitos necessários para a constituição do título executivo judicial previstos no art. 515, I, do CPC. Afirmam que o Recurso Especial preenche os requisitos de admissibilidade recursal, em razão da afronta aos dispositivos legais suscitados e do dissídio jurisprudencial.

É O RELATÓRIO.

Anote-se, inicialmente, que o Agravo Interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, a tese firmada no E. Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (*distinguishing*). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp nº 1.039.364/ES, Rel. Min. **Laurita Vaz**, Corte Especial, DJe de 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS nº 48.747/DF, Rel. Min. **Humberto Martins**, Corte Especial, DJe de 19.6.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o V. Acórdão objeto do inconformismo especial e o paradigma apontado na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.324.152/SP, sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que o art. 475-N, I, do Código de Processo Civil de 1973, correspondente ao art. 515, I, do atual diploma, atribuiu eficácia executiva às sentenças, independentemente da sua natureza e da procedência do pedido inicial, desde que reconheça a existência de obrigação de pagar quantia, de fazer, não fazer ou entregar coisa. Confira-se a fls. 192/194.

No julgamento do paradigma repetitivo, a E. Corte Superior assinalou que, "*No entanto, o novo CPC contém regra com a mesma redação, daí a atualidade da decisão a ser proferida. (...) Nesse ponto, é relevante salientar que os referidos dispositivos legais não atribuem eficácia executiva a todas as sentenças declaratórias indiscriminadamente, mas apenas àquelas que, reconhecendo a existência da obrigação, contenham, em seu bojo, os pressupostos de certeza e exigibilidade (art. 586 do CPC), sendo certo que, na ausência de liquidez, é admitida a prévia liquidação, tal qual ocorre com o provimento condenatório. Afinal, há considerar os princípios da efetividade jurisdicional e economia processual como freios ao formalismo excessivo de impor ao titular do direito já reconhecido em sentença declaratória da exigibilidade da obrigação, o ajuizamento de demanda condenatória inútil, porquanto até mesmo a ampla análise da pretensão deduzida em juízo estaria impedida pela coisa julgada formada no processo anterior*".

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 94/104) está em perfeita

Acesso ao Sumário

sintonia com a orientação superior, ao concluir pela executividade da sentença proferida na fase de conhecimento, que reconheceu a exigibilidade de título executivo extrajudicial.

Confira-se trecho do V. Acórdão: "*Por conseguinte, a ação declaratória de inexigibilidade de débito tem natureza dúplice, sendo, portanto, desnecessário qualquer outro procedimento para tornar exequível um título executivo extrajudicial que já foi expressamente declarado exigível por sentença. O Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de Recurso Repetitivo, fixou a tese 889*" (fl. 102).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1077128-41.2021.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, sendo agravante CPTM – Companhia Paulista de Trens Metropolitanos e agravados Anna Carolina Marins Barreto 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-0495-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, 2 de março de 2024.

TORRES DE CARVALHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que nega seguimento a recurso especial.
– A questão da responsabilidade civil da concessionária de transporte ferroviário, por morte decorrente de atropelamento em via férrea, em virtude de alegada culpa concorrente, é matéria idêntica à tratada no rito dos recursos repetitivos Resp. n. 1.172.421/SP – TEMA 518/STJ).

– Inviabilidade de reexame de prova em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ.
Manutenção da decisão.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto com fundamento nos artigos 1.021 e 1030, § 2º, do Código de Processo Civil (fls. 01/12) contra decisão que negou seguimento ao recurso especial, em cumprimento ao artigo 1.030, inciso I, alínea b, do Código de Processo Civil, pela identidade da matéria decidida no acórdão, em conformidade com a orientação firmada no rito dos recursos repetitivos REsp. nº 1.172.421/SP.

Alegou a agravante, em síntese, que o caso não se amolda ao tema 518/STJ, pois, conforme comprovado nos autos, o evento danoso é resultado de fato exclusivo da vítima.

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do Agravo, conforme parecer de fls. 19/21.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Com efeito, em cumprimento ao artigo 1.030, inciso I, alínea 'b', do Código de Processo Civil, proferiu-se a decisão agravada em conformidade com a tese do Tema 518/STJ de seguinte teor – *verbis*:

> A despeito de situações fáticas variadas no tocante ao descumprimento do dever de segurança e vigilância contínua das vias férreas, a responsabilização da concessionária é uma constante, passível de ser elidida tão somente quando cabalmente comprovada a culpa exclusiva da vítima. No caso de atropelamento de pedestre em via férrea, configura-se a concorrência de causas, impondo a redução da indenização por dano moral pela metade, quando: (i) a concessionária do transporte ferroviário descumpre o dever de cercar e fiscalizar os limites da linha férrea, mormente em locais urbanos e populosos, adotando conduta negligente no tocante às necessárias práticas de cuidado e vigilância tendentes a evitar a ocorrência de sinistros; (ii) a vítima adota conduta imprudente, atravessando a via férrea em local inapropriado.

Consigne-se, por oportuna, a reprodução de trechos do V. Acórdão da Turma Julgadora convergentes à tese aplicada – *verbis*:

> Portanto, evidente a existência de culpa concorrente da vítima, posto que, ao invés de se utilizar da passarela, preferiu cruzar a linha férrea em local perigoso, sem iluminação e carente de sinalização.
>
> De todo modo, pontua-se em conclusão: **não há que falar que a contribuição da vítima para o acidente foi exclusiva**, porque não foi determinante, já que acaso tivesse a ré adotado as medidas de prevenção e fiscalização eficientes, o acidente teria sido evitado.
>
> O reconhecimento da culpa concorrente da vítima, como já dito,

não exclui a responsabilidade da ré, mas afeta a quantificação do valor da indenização, na forma dos artigos 944 e 945 do Código Civil, conforme se verá mais a frente. (fls. 467).

Impertinente para fins de análise da adequada subsunção do acórdão à tese repetitiva perquirir-se sobre o correto dimensionamento feito pela Turma Julgadora, seja porque extrapolaria o espectro deste recurso, seja porque extrapolaria o âmbito de análise reservado à aplicação de temas julgados pelos Tribunais Superiores, seja sobretudo porque inexoravelmente dependeria da reanálise de provas contidas nos autos, sendo, portanto, matéria fática, que não se coaduna com o recurso extraordinário conforme preceituado na Súmula 7, da Corte Superior.

Inexistente erro na subsunção do caso concreto no paradigma julgado pela Corte Superior ficam mantidas as decisões.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir à agravante a multa prevista no artigo 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, **nega-se provimento** ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 1501340-96.2020.8.26.0229/50001, da Comarca de Americana, em que é agravante PABLO PIZZI TRES, 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. 630. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40491)**

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, 7 de março de 2024.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO, EM PARTE, A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO SEM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.
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 da Seção de Direito Criminal (fls. 352/355) que, com fundamento no Tema 660 do Excelso Supremo Tribunal Federal, negou seguimento, em parte, ao recurso extraordinário, nos termos dos artigos 1.030, inciso I, alínea "a", do Código de Processo Civil e 638 do Código de Processo Penal e, no mais, não o admitiu.

A Defesa, em síntese, alega que a violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa independe de análise das normas infraconstitucionais e insiste na presença do requisito da repercussão geral. Afirma, ainda, que a última palavra sobre o desfecho do recurso extraordinário interposto caberia ao Supremo Tribunal Federal. Pugna, assim, pela reconsideração da decisão ou provimento do agravo (fls. 489/499).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 627/628.

Registro, ademais, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 630 para a remessa, oportunamente, dos autos ao Excelso Supremo Tribunal Federal, diante do agravo de fls. 359/369.

É o relatório.

Conheço do presente agravo interno, nos termos do artigo 33-A, § 1º, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal, o qual não merece, contudo, provimento.

Quando da análise do juízo de prelibação do reclamo, observou-se que parte das matérias nele debatidas já havia sido submetida ao rito da sistemática de repercussão geral, de forma que sua aplicação era imperiosa, por expressa previsão legal (artigo 1.030, inciso I, alínea "a", 1ª figura, da Lei Adjetiva Civil e artigo 638 do Código de Processo Penal – fls. 352/355), e não vislumbro, no agravo agora em análise, a existência de distinção ou qualquer outra peculiaridade capaz de afastar a aplicação do Tema 660 do Supremo Tribunal Federal ao

Acesso ao Sumário

caso concreto.

Nesse sentido, assinalo que no recurso extraordinário aventou-se, dentre outras teses, ofensa ao artigo 5º, inciso LIV, da Carta Magna, relacionada ao pleito de fixação do regime aberto (fls. 323/339).

Verificou-se, contudo, que para a apreciação da aludida tese defensiva seria necessária a análise prévia da legislação infraconstitucional pertinente (artigos 33, §§ 2º e 3º, e 59, ambos do Código Penal), o que se confirma pela menção, no próprio recurso extraordinário, dos mesmos articulados às fls. 327, 329, 331, 332, 333, 335, 337 e 338.

Desse modo, escorreita a aplicação do entendimento fixado pelo Pretório Excelso que, na apreciação do Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT, assentou não possuir repercussão geral a matéria relativa à violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais, com extensão desse entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada.

Quanto ao argumento de que caberia à Corte Suprema a última palavra sobre o desfecho do recurso extraordinário, por sua vez, anoto que a decisão monocrática proferida foi exercida nos estritos limites do regramento previsto no artigo 1.030, inciso I, do Código de Processo Civil. Em outras palavras, fixado o Tema pelo Excelso Pretório, a este Sodalício, na estrita cognição do juízo de admissibilidade, cabia verificar a subsunção do caso concreto ao aludido precedente, evitando, assim, o desnecessário processamento do reclamo perante o referido Sodalício.

Nesse passo, destaco elucidativo trecho da r. decisão do E. Min. Luiz Fux[1]:

> *(...) Deveras, o instituto da repercussão geral, introduzido no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional 45/2004 (artigo 102, § 3º, da Constituição da República), resultou em verdadeira cisão na competência funcional quanto ao julgamento do recurso extraordinário, nos 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*

1 Rcl 42588/ES, Rel. Min. LUIZ FUX, j. 05/08/2020, DJe 06/08/2020.

precedente, não pode o STF avocar competência que não consta expressamente do catálogo numerus clausus constante da Constituição Federal. Isso porque a própria legislação processual vigente prevê, em seu artigo 1.030, como competência do tribunal que recebe a petição de recurso extraordinário, a negativa de seguimento do recurso em face de decisão que guarda conformidade com o entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de Repercussão Geral. Nesse sentido: "Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: I – negar seguimento: a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;" (...).

Constato, assim, que o *decisum* impugnado foi preciso e individualizado, pautando-se pelas circunstâncias aduzidas no recurso extraordinário defensivo e pelo teor do precedente qualificado do Pretório Excelso, sendo de rigor, portanto, a manutenção da sistemática da repercussão geral aplicada.

Outrossim, a alegação da presença do requisito da repercussão geral no apelo extremo, reiterada no agravo agora em análise, não supera a tese fixada no precedente vinculante, cuja aplicação, como visto, foi escorreita.

Por fim, ressalto que os demais aspectos discutidos no recurso extraordinário restaram abarcados pelo capítulo da decisão monocrática ora agravada que não o admitiu diante da existência de óbice processual.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO, DETERMINANDO** à Secretaria o cumprimento, oportunamente, da deliberação contida na parte final do despacho de fls. 630.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1014125-55.2022.8.26.0625/50000, da Comarca de Taubaté, em que é agravante JARDIM BELLE VILLE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA., são agravados JUVENTINO MARCONDES DE ALMEIDA e CLAUDIA RODRIGUES DE ALMEIDA.

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,

Acesso ao Sumário

que integra este acórdão. **(Voto nº 58451)**

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, 14 de março de 2024.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. Atraso na entrega por culpa da vendedora. Multa contratual em favor da fornecedora. Consideração para fixação de indenização em favor do consumidor. Possibilidade (tema 971). Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento estabelecido no E. STJ em julgamento repetitivo. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de **Agravo Interno Cível** interposto por Jardim Belle Ville Empreendimentos Imobiliários Spe Ltda. contra decisão que, em demanda de rescisão contratual cumulada com pedido de restituição de quantias pagas, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Especial**, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.614.721/DF e 1.631.485/DF, julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Alega a inaplicabilidade da tese repetitiva porque discute a necessidade de redução da multa imposta, sob pena de violação ao art. 413 do CC. Aduz que deve ser aplicada a multa moratória em caso de inadimplemento e, não, aquela referente à desistência do contrato. Assinala que a decisão monocrática, ao denegar seguimento ao Recurso Especial, teria ingressado no mérito da tese recursal, de competência exclusiva do E. STJ. Pugna pela agregação de efeito suspensivo ao recurso.

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,

Acesso ao Sumário

por ausência de similitude fática, a tese firmada no E. Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (*distinguishing*). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp nº 1.039.364/ES, Rel. Min. **Laurita Vaz**, Corte Especial, DJe de 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS nº 48.747/DF, Rel. Min. **Humberto Martins**, Corte Especial, DJe de 19.6.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o V. Acórdão objeto do inconformismo especial e os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgados nos Recursos Especiais nºs 1.614.721/DF e 1.631.485/DF, sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que, em contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora ou incorporadora, havendo cláusula penal contratada apenas para o caso de inadimplemento do adquirente, ela deverá ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. Confira-se a fls. 320/321.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 277/281) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela possibilidade de inversão, contra a construtora, da cláusula penal fixada em desfavor do consumidor.

Confira-se trecho do V. Acórdão: *"É possível a aplicação de forma inversa da multa contratual originariamente prevista apenas em favor da vendedora, nos termos do que foi decidido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça: Tema 971: 'No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do devedor. As obrigações heterogêneas (de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial.' Assim, a tese de que a cláusula é inaplicável por falta de previsão em favor do comprador fica afastada. Igualmente se afasta a redução da multa, pois de acordo com o estabelecido em contrato em favor da vendedora, a multa aplicável em caso de inadimplemento que implique rescisão contratual (como o reconhecido nos autos) é de 25% sobre o montante pago."* (fls. 279/280).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos, sem qualquer usurpação de competência do E. Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao agravo, e dá-se por prejudicado o pedido de agregação de efeito suspensivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1002553-09.2020.8.26.0032/50000, da Comarca de Araçatuba, em que é agra-

Acesso ao Sumário

vante ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado N.A.C.S.S. (MENOR).

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 122.200)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), 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, 22 de março de 2024.

BERETTA DA SILVEIRA, Vice-Presidente e Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO À EDUCAÇÃO. FORNECIMENTO DE PROFISSIONAL ESPECIALIZADO EM SALA DE AULA, À CRIANÇA PORTADORA DE TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. Intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes (Recurso Extraordinário nº 684.612/RJ – Tema 698). V. Acórdão firmado em consonância com o decidido no E. STF no Tema 698. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto pelo Estado de São Paulo contra a r. decisão que, em ação de obrigação de fazer, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Extraordinário**, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida pelo E. Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 684.612/RJ (Tema nº 698). Alega que o v. Acórdão não está em conformidade com o pronunciamento do STF fixado no referido tema, devendo o recurso ser reformado.

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. Supremo Tribunal Federal sob a sistemática da repercussão geral não se aplica ao caso concreto (*distinguishing*). Neste sentido, a Rcl nº 28.187/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 18.12.2017, e a Rcl nº 28.223/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 3.5.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o recurso interposto e os paradigmas apontados na decisão recorrida é absolutamente evidente.

Com efeito, apreciados os embargos de declaração opostos em face do v. acórdão proferido sob o Regime de Repercussão Geral no RE nº 684.612/RJ, Tema nº 698, o E. Supremo Tribunal Federal definiu que *"1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado; 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)"*.

Nesse contexto, verifica-se que o V. Acórdão recorrido está de acordo com a aludida orientação firmada pelo E. Supremo Tribunal Federal, pois manteve a condenação do requerido em fornecer profissional especializado/acompanhamento pedagógico em sala de aula, à criança portadora de transtorno do espectro autista (fls. 169/184).

A decisão agravada, nestes termos, apenas aplicou a sistemática da repercussão geral, com fundamento no art. 1.030, I, "a", do CPC.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2055171-05.2023.8.26.0000/50000, da Comarca de Salto, sendo agravante OSWALDO LUIZ CASCONI e agravado MUNICÍPIO DE SALTO.

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-0789-CP)**

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

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, 24 de março de 2024.

TORRES DE CARVALHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que negou seguimento ao recurso especial.
– As questões referentes ao termo inicial do prazo prescricional da cobrança judicial do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU, bem como sobre a possibilidade de o parcelamento de ofício da dívida tributária ser considerado causa suspensiva da contagem da prescrição são idênticas à tratada no rito dos recursos repetitivos Resp. n. 1.658.517/PA, Tema n. 980/STJ.
– Inviabilidade de reexame de prova em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ.
– Demais questões rebatidas que não se encontram submetidas à sistemática de recursos repetitivos – Impugnação por recurso próprio.
Nega-se provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de agravo interposto com fundamento no artigo 1.021 do Código de Processo Civil (fls. 1/13 – 50000) contra decisão que negou seguimento (CPC, art. 1.030, I, "b") ao recurso especial por reconhecida identidade da matéria com orientação firmada pela Corte Superior nos autos do REsp. n. 1.658.517/PA, e o inadmitiu quanto às demais questões.

Alegou o agravante, em síntese, ocorrência da prescrição no caso dos autos tendo em vista que prazo prescricional tinha como termo final o dia 10/11/2013 para cobrar o exercício de 2008, com vencimento em 10/11/2008.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Com efeito, com o permissivo do artigo 1.030, inciso I, alínea "b" do Código de Processo Civil, parcela da decisão agravada considerou que a decisão da Turma Julgadora converge com o decidido no REsp nº 1.658.517/PA (Tema

Acesso ao Sumário

980), DJe de 21.11.2018, do Col. Superior Tribunal de Justiça, quando se fixou a seguinte tese: *(i) o termo inicial do prazo prescricional da cobrança judicial do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU inicia-se no dia seguinte à data estipulada para o vencimento da exação; (ii) o parcelamento de ofício da dívida tributária não configura causa interruptiva da contagem da prescrição, uma vez que o contribuinte não anuiu*.

Não se avista desacerto na decisão ora agravada quanto ao REsp. n. 1.658.517/PA, sob a técnica de casos seriais, haja vista a questão abordada referente ao termo inicial do prazo prescricional da cobrança judicial do IPTU, bem como sobre a possibilidade de o parcelamento de ofício da dívida tributária ser considerado causa suspensiva da contagem da prescrição.

Consigne-se, por oportuno, trecho do v. acórdão recorrido, convergente ao tema aplicado na sistemática dos repetitivos:

> Contudo, o vício apontado foi sanado pelo comparecimento espontâneo do executado no processo em 07/12/2022, sem prejuízo à sua defesa, por se tratar de execução de créditos tributários dos exercícios de 2008 e 2009, cujo despacho inicial se deu em 14/11/2013, quando já vigorava a Lei Complementar nº 118/2005, que adequou o inciso I, do artigo 174, do CTN, ao disposto no § 2º, do artigo 8º, da Lei nº 6.830/80, de maneira que o despacho inicial constitui causa interruptiva da prescrição, retroagindo, porém, à data do ajuizamento da execução, ou seja, a 06/11/2013, conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça (REsp. nº 1.120.295):
>
> (...)
>
> Assim, embora reconhecida a nulidade de citação, o executado deu-se por citado ao comparecer espontaneamente ao processo, cabendo, apenas, determinar a devolução do prazo estabelecido no art. 8º, da Lei 6830/80, para que ele pague o débito ou garanta a execução.
>
> No mais, a prescrição do direito de exigir o pagamento do tributo se opera após o transcurso de cinco (5) anos entre a constituição definitiva do crédito e a incidência de qualquer das causas interruptivas (CTN, art. 174). Com efeito, a constituição definitiva dos créditos em discussão se deu entre 10/06/2008 e 30/12/2009, consoante as datas apontadas nas CDAs de fls. 54 e 55 como vencimento da exação, enquanto a execução fiscal somente foi ajuizada em 06/11/2013, depois de ultrapassado o lustro prescricional em relação aos créditos vencidos entre 10/06/2008 e 10/10/2008.
>
> A propósito, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento no REsp 1641011/PA fixando o termo inicial da prescrição com o vencimento da exação, submetido à sistemática dos recursos repetitivos:
>
> (...)
>
> Contudo, em relação às demais competências não há se falar em prescrição, pois a época do ajuizamento já vigorava a Lei Complementar nº 118/2005, que adequou o inciso I, do artigo 174, do CTN, ao disposto no

Acesso ao Sumário

> § 2º, do artigo 8º, da Lei nº 6.830/80, de maneira que o despacho inicial, tornar-se-ia causa interruptiva da prescrição, retroagindo, porém, à data do ajuizamento da execução, conforme recente orientação do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o art. 174, do CTN, deve ser interpretado em consonância com o art. 240, § 1º, do CPC (CPC/73, art. 219), como se extrai do Recurso Especial nº 1.120.295, submetido ao regime dos recursos repetitivos (CPC, art. 543-C):
> (...)
> No caso, os documentos demonstram que não transcorreu prazo superior a seis (6) anos consecutivos entre a intimação para impulsionar o feito e a manifestação da exequente, a afastar o reconhecimento da prescrição em relação ao crédito tributário remanescente. (fls. 94/96, 98 e 101)

Assim, não há como se proceder à modificação do decidido, pois está em perfeita harmonia com o paradigma julgado pela Corte Superior.

Ademais, impertinente para fins de análise da adequada subsunção do acórdão à tese repetitiva perquirir-se sobre o correto dimensionamento feito pela Turma Julgadora, seja porque extrapolaria o espectro deste recurso, seja porque extrapolaria o âmbito de análise reservado à aplicação de temas julgados pelos Tribunais Superiores, seja sobretudo porque inexoravelmente dependeria da reanálise de provas contidas nos autos, sendo, portanto, matéria fática, que não se coaduna com o recurso especial conforme preceituado na Súmula 7 da Corte Superior.

A discussão a respeito da existência ou não de provas nos autos, de modo a viabilizar a prescrição pretendida mereceu capítulo próprio na decisão que procedeu ao juízo de admissibilidade do recurso especial apresentado, porquanto não abarcada na tese jurídica aplicada e ora mantida (Tema 980). Tal irresignação desafiou o agravo de fls. 329/337, fundado do art. 1.042 do Código de Processo Civil, cuja competência para apreciação é do Eg. Superior Tribunal de Justiça.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir à agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, **nega-se provimento** ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2060965-07.2023.8.26.0000/50003, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante BT CONSTRUÇÃO E SERVIÇOS EIRELLI, são agravados MARCOS FERREIRA ANGELO e NATÁLIA CATTUZO ANGELO.

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 58479)**

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, 27 de março de 2024.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. VÍCIOS DE JULGAMENTO. Alegação de fundamentação insuficiente. Descabimento. Desnecessidade de exame pormenorizado de cada uma das alegações das partes. V. Acórdão firmado em consonância com o decidido no E. STF no Agravo de Instrumento nº 791.292/PE (tema 339). Arguição de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, em razão do indeferimento do pedido de produção de prova. Repercussão geral afastada no E. STF no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.228/RJ (tema 424). Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de **Agravo Interno Cível** interposto por Bt Construção e Serviços Eirelli contra decisão que, em agravo de instrumento, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Extraordinário**, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Supremo Tribunal Federal no Agravo de Instrumento no 791.292/PE, e abordou matéria cuja repercussão geral foi afastada no Agravo em Recurso Extraordinário nº 639.228/RJ. Alega a inaplicabilidade do tema 424 do E. STF, porque discute a obrigatoriedade de fundamentação das decisões e não o contraditório e ampla defesa. Aduz inaplicabilidade do tema 339 do E. STF, em razão da ausência de similitude com o caso em comento. Aduz a nulidade da decisão por total ausência de fundamentação, em ofensa direta aos artigos 93, IX, da CF e 489 do CPC. Aponta a necessidade de aplicação do tema

Acesso ao Sumário

670 do E. Supremo Tribunal Federal, que melhor se amolda ao caso em comento. Sustenta a necessidade de revogação da tutela de urgência e, por fim, pugna pela agregação de efeito suspensivo ao recurso.

É O RELATÓRIO.

Anote-se, inicialmente, que o Agravo Interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso não comporta provimento.

Com efeito, 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 seja fundamentado – como é o caso dos autos, conquanto contrários os fundamentos aos interesses do recorrente –, ainda que sucintamente, sem determinar o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão, valendo transcrever a ementa:

> *"Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral."*

Por outro lado, a Repercussão Geral é o instrumento processual inserido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que tem por objetivo possibilitar ao E. Supremo Tribunal Federal selecionar os Recursos Extraordinários sujeitos à efetiva análise de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica.

Dispõe o art. 1.035 do CPC, *verbis*: *"O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º. Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. (...)"*.

A E. Suprema Corte, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.228/RJ, assinalou que a discussão sobre a alegação de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, nos casos de produção de provas em processo judicial não apresenta repercussão geral, conforme se infere da sua ementa:

Acesso ao Sumário

"RECURSO. Agravo convertido em Extraordinário. Inadmissibilidade deste. Produção de provas. Processo judicial. Indeferimento. Contraditório e ampla defesa. Tema infraconstitucional. Precedentes. Ausência de repercussão geral. Recurso extraordinário não conhecido. Não apresenta repercussão geral recurso extraordinário que, tendo por objeto a obrigatoriedade de observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, nos casos de indeferimento de pedido de produção de provas em processo judicial, versa sobre tema infraconstitucional."

A decisão agravada, 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 e dá-se por prejudicado o pedido de agregação de efeito suspensivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2121476-68.2023.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO e PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

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 39.288)**

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), TORRES DE CARVALHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e HERALDO DE OLIVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 3 de abril de 2024.

Acesso ao Sumário

FERNANDO TORRES GARCIA, Presidente do Tribunal de Justiça e Relator

Ementa: Agravo interno – Decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário ligado a matéria decidida pelo Supremo Tribunal Federal em regime de repercussão geral – Art. 1.030, inciso I, alínea 'a', segunda parte, do Código de Processo Civil – Hipótese atinente ao Tema nº 917 do Supremo Tribunal Federal – "Distinguishing" não demonstrado – Agravo interno não provido.

VOTO

Inconformado com a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário pelo reconhecimento de anterior pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria, em recurso submetido ao regime da repercussão geral, na forma do art. 1.030, inciso I, alínea "a", do Código de Processo Civil, o Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo interpôs agravo interno.

Em síntese, argumenta que a hipótese não está em harmonia com a tese firmada em repercussão geral (Tema nº 917), visto que não houve invasão dos espaços da reserva da administração ou de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo.

Contraminuta está a fls. 15/22.

É o relatório.

O agravo interno, previsto no artigo 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil, bem como no artigo 33-A, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não merece provimento, por correta a negativa de seguimento ao recurso extraordinário em tela.

Cabe registrar que, para o provimento deste recurso, ao agravante incumbiria demonstrar que a específica hipótese retratada nos autos não está em consonância com o paradigma que originou a tese acolhida pela Corte Superior.

Em outras palavras, o recorrente deve deixar claro o denominado *distinguishing*, a diferença fundamental entre o caso julgado neste processo e aquele exposto no paradigma. Possível, ainda, ao recorrente, mesmo se delineada alguma similitude com o indicado paradigma, comprovar situação fática específica capaz de prejudicar a aplicação do precedente qualificado.

O agravante, porém, não demonstrou tais situações. Com efeito, *in casu*, o acórdão alvo de recurso enfrentou adequadamente as questões apresentadas e, com fundamentos claros e coerentes, concluiu:

> *"Vale dizer, diplomas normativos que versem sobre o direito de acesso à informação dos munícipes estão inseridos no âmbito da com-*

Acesso ao Sumário

petência legislativa comum da Câmara dos Vereadores e do Prefeito, de tal sorte que a imposição genérica de divulgação de informações sobre áreas e imóveis públicos municipais, por si só, não traduziria violação a preceitos constitucionais.

No entanto, não era lícito à edilidade, a pretexto de prestigiar os postulados da informação e da transparência, interferir em atos de gestão administrativa, avançando em matéria de competência exclusiva do Alcaide.

Na verdade, do ponto de vista material, a Lei nº 14.400, de 12 de maio de 2023, do Município de São José do Rio Preto viola, efetivamente, o artigo 5º, caput, da Constituição Bandeirante, de observância obrigatória pelos Municípios de acordo com o artigo 144 da mesma Carta.

Segundo o referido dispositivo (artigo 5º), os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si. Disso decorre que o Executivo goza de autonomia e independência em relação à Câmara Municipal, que não podem ser violadas mediante elaboração legislativa que tenha por escopo impingir ao Prefeito o que deve ser feito em termos de administração pública.

(...)

Como se vê, a competência da Câmara Municipal se circunscreve à edição de normas gerais a abstratas, ficando a cargo do Chefe o Poder Executivo a direção superior da administração, disciplinando situações concretas e adotando medidas específicas de planejamento, organização e execução de políticas públicas (artigo 47, incisos II, XIV e XIX, alínea 'a', da Constituição Bandeirante).

*A edilidade, contudo, **muito além do que determinar simples divulgação de informações no portal oficial do Município**, impôs ao Chefe do Poder Executivo **onde e como** disponibilizar dados de interesse público, ampliando o uso de plataforma do Sistema de Informação Geográfica mantida pelo Município, dispondo sobre tecnologia de geoprocessamento que demanda planejamento prévio, esforço operacional para processamento e compilação de dados, além de recursos de software e hardware suficientes, usurpando do Alcaide a prerrogativa de deliberar a propósito da conveniência e oportunidade de atos administrativos e escolhas políticas de gestão, tolhendo a liberdade de decisão do administrador público quanto à melhor forma de disponibilizar tais informações, o que consubstancia afronta à reserva de administração, corolário do princípio da separação dos poderes."* (fls. 106/109 dos autos principais).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, nos autos do ARE nº 878.911, reconheceu a existência de repercussão geral e editou o **Tema nº 917**, com a seguinte tese:

"Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores

Acesso ao Sumário

públicos (art. 61, § 1º, II, "a", "c" e "e", da Constituição Federal).

Daí resulta que o caso tratado nestes autos está em harmonia, a *contrario sensu*, com referida tese e não existe motivo que autorize conclusão diversa. É dizer, o acórdão recorrido, ao identificar a invasão da lei municipal em matéria reservada à administração e atinente ao Poder Executivo, converge ao tratamento jurídico aplicado ao caso paradigma, ausentes argumentos efetivamente novos neste agravo interno, restrito a repisar alegações já afastadas pelo Órgão Especial desta Corte.

Por epítome, ausente demonstração do *distinguishing*, é plenamente cabível a incidência art. 1.030, inciso I, alínea "a", segunda parte, do Código de Processo Civil, com a negativa de seguimento ao referido recurso extraordinário.

Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2094969-46.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de Socorro, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravada CATARINA APARECIDA LUGLI PERONI.

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 104708)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO MAIR ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA-Convocado) (Presidente sem voto), BERETTA DA SILVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO-Convocado), FRANCISCO BRUNO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL-Convocado), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO-Convocado), RICARDO MAIR ANAFE (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA-Convocado) e GUILHERME GONÇALVES STRENGER (VICE-PRESIDENTE-Convocado).

São Paulo, 8 de abril de 2024.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado-Convocado

Acesso ao Sumário

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). Necessidade de prévia liquidação de sentença. Requisito atendido (tema 482). Legitimidade ativa dos poupadores e de seus sucessores, independentemente de fazerem parte dos quadros associativos do IDEC (tema 948). Legitimidade passiva da instituição financeira (tema 298). Prazo prescricional quinquenal. Cumprimento de sentença requerido antes de transcorrido o lustro (tema 515). Prescrição dos juros remuneratórios. Prazo quinquenal, contado do trânsito em julgado da ação coletiva (temas 300, 515 e 877). Juros de mora. Termo inicial. 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). 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,

Acesso ao Sumário

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 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).

Ao julgar o Recurso Especial nº 1.247.150/PR, o E. STJ fixou a seguinte tese repetitiva: *"1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: (...) 1.2. A sentença genérica prolatada no âmbito da ação civil coletiva, por si, não confere ao vencido o atributo de devedor de 'quantia certa ou já fixada em liquidação' (art. 475-J do CPC), porquanto, 'em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica', apenas 'fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados' (art. 95 do CDC). A condenação, pois, não se reveste de liquidez necessária ao cumprimento espontâneo do comando sentencial, não sendo aplicável a reprimenda prevista no art. 475-J do CPC"* (tema 482).

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).

Acesso ao Sumário

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).

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).

Por fim, 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).

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido está em perfeita sintonia com as

Acesso ao Sumário

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 1000555-15.2020.8.26.0320/50000, da Comarca de Limeira, em que é agravante UNIMED CAMPINAS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, é agravada P.P.M.

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, na parte conhecida. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 60070)**

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, 19 de abril de 2024.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. Obrigatoriedade de custeio de cirurgia plástica em paciente pós-cirurgia bariátrica (tema 1069). Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento estabelecido no E. STJ em julgamento repetitivo. Realização de perícia técnica. Ausência de questionamento no V. Acórdão recorrido. Inviabilidade de apreciação neste âmbito recursal. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO, NA PARTE CONHECIDA.

VOTO

Trata-se de **Agravo Interno Cível** interposto por Unimed Campinas Cooperativa de Trabalho Médico contra decisão que, em demanda cominatória cumulada com indenização por danos morais, **NEGOU SEGUIMENTO o Recurso Especial**, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.870.834/SP e

1.872.321/SP, julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Alega a aplicação equivocada do precedente repetitivo, uma vez que a agravante é submetida às disposições da Lei n.º 9.656/98 e das normativas da ANS. Aduz que as cláusulas contratuais são redigidas em conformidade com os ditames do CDC. Assinala a necessidade de produção de prova pericial técnica a fim de esclarecer a dúvida acerca da natureza do procedimento pleiteado pela autora e que não basta o parecer médico acostado aos autos, sendo lícita eventual negativa de cobertura de cirurgia de caráter estético.

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 REsp nº 1.885.384/RJ, Rel. Min. **Paulo de Tarso Sanseverino**, Terceira Turma, DJe de 24.5.2021, e 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 este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o V. Acórdão objeto do inconformismo especial e os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgados os Recursos Especiais nºs 1.870.834/SP e 1.872.321/SP, sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que "*(i) é de cobertura obrigatória pelos planos de saúde a cirurgia plástica de caráter reparador ou funcional indicada pelo médico assistente, em paciente pós-cirurgia bariátrica, visto ser parte decorrente do tratamento da obesidade mórbida; e (ii) havendo dúvidas justificadas e razoáveis quanto ao caráter eminentemente estético da cirurgia plástica indicada ao paciente pós-cirurgia bariátrica, a operadora de plano de saúde pode se utilizar do procedimento da junta médica, formada para dirimir a divergência técnico-assistencial, desde que arque com os honorários dos respectivos profissionais e sem prejuízo do exercício do direito de ação pelo beneficiário, em caso de parecer desfavorável à indicação clínica do médico assistente, ao qual não se vincula o julgador*". Confira-se a fls. 498/501.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 389/398) encontra-se em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela obrigatoriedade da cobertura da cirurgia pós-bariátrica em questão.

Confira-se trecho do V. Acórdão: "*Com efeito, a* ***intervenção cirúrgica objeto da demanda não possui caráter estético, mas sim mero desdobramento de procedimento anterior a que também se submeteu a apelada (cirurgia***

Acesso ao Sumário

bariátrica). Aliás, o relatório médico que instrui os autos (fls. 54/55), é claro ao indicar a necessidade de intervenção cirúrgica, eis que a requerente foi submetida anteriormente a cirurgia bariátrica, em razão de sua obesidade mórbida e problemas relacionados ao seu peso, teve perda de 50 kg em decorrência da primeira cirurgia, não se podendo, a evidência, falar em finalidade estética. *Aliás, quanto à obesidade mórbida, trata-se de doença reconhecida, cujo tratamento cirúrgico consta da Tabela do SUS e da Lista de Procedimentos Médicos da AMB. Quanto na evolução pós-operatória ocorre grande perda de peso (hipótese dos autos), ocorre flacidez de pele, dentre outras intercorrências caso em que o procedimento em questão se fez necessário como uma cirurgia reparadora, para a melhoria da qualidade de vida da paciente exatamente a hipótese dos autos, conforme se verifica do relatório médico acima referido. Evidente a abusividade da recusa aqui discutida, por colocar a consumidora em situação de excessiva desvantagem, ferindo os princípios do próprio contrato que é a preservação e o restabelecimento da saúde da segurada. (...) Diante de tal quadro, a recusa da ré e aqui recorrente mostrou-se totalmente injustificada. É nítida a situação de desvantagem em que se coloca a segurada ao manter-se a validade da cláusula excludente (que aqui não se aplica, já que o procedimento não possui caráter estético), sendo devida a cobertura, entendimento, aliás, que também decorre do disposto na Súmula 97 deste E. Tribunal de Justiça que assim dispõe: 'Não pode ser considerada simplesmente estética a cirurgia plástica complementar de tratamento de obesidade mórbida, havendo indicação médica.' Igualmente descabida a justificativa da ré, ao negar a cobertura, sob o argumento de que não se cuida de procedimento previsto no rol da ANS negativa, aliás, que se contrapõe ao já sedimentado entendimento expresso na Súmula 102, também deste E. Tribunal de Justiça ('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')*" (fls. 392/393 e 394/395).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

As razões do recurso envolvendo a finalidade do procedimento ora questionado buscam a prevalência de tese já rejeitada no julgamento do paradigma repetitivo supramencionado, cabendo à D. Turma Julgadora a análise final deste aspecto. 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.

Acesso ao Sumário

Raul Araújo, Quarta Turma, DJe de 8.6.2022; AgInt no AREsp nº 1932969/PR, Rel. Min. **Antonio Carlos Ferreira**, Quarta Turma, DJe de 26.5.2022; AgInt no AREsp nº 2008628/ES, Rel. Min. **Marco Buzzi**, Quarta Turma, DJe de 13.5.2022; AgInt nos EDcl no AREsp nº 1926303/DF, Rel. Min. **Nancy Andrighi**, Terceira Turma, DJe de 9.12.2021; e AgInt no AREsp nº 1717595/BA, Rel. Min. **Ricardo Villas Boas Cueva**, Terceira Turma, DJe de 18.12.2020.

De resto, a análise da necessidade de realização de prova pericial técnica não foi objeto do V. Acórdão hostilizado e desborda dos limites desta via.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao agravo, na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 1500564-92.2022.8.26.0337/50002, da Comarca de Mairinque, em que é agravante (...), é agravado (...).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO, DETERMINANDO à Secretaria o cumprimento, oportunamente, da deliberação contida na parte final do despacho de fls. 280. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.882)**

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, 24 de abril de 2024.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO, EM PARTE, A RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
RECURSO SEM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.
Ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, com extensão do entendimen-

to 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 decisão da Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 217/221) que, com fundamento no Tema 660 do Excelso Supremo Tribunal Federal, negou seguimento, em parte, ao recurso extraordinário, nos termos dos artigos 1.030, inciso I, alínea "a", do Código de Processo Civil e 638 do Código de Processo Penal e, no mais, não o admitiu.

A Defesa, em síntese, alega que a decisão ora agravada é carente de fundamentação. Sustenta a inaplicabilidade do Tema 660, ressaltando que ele se originou de julgado de natureza cível. Assevera que o referido precedente não representa óbice à interposição de todo e qualquer recurso extraordinário que aponte violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Outrossim, reiterando os argumentos aventados naquele reclamo, ressalta que a matéria tem repercussão geral e não depende da prévia análise de legislação infraconstitucional. Pugna, assim, pelo provimento do agravo, com o seguimento do recurso extraordinário (fls. 252/263).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 277/278.

Registro, ademais, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 280 para a remessa, oportunamente, dos autos aos Colendos Tribunais Superiores, diante dos demais agravos interpostos.

É o relatório.

Conheço do presente agravo interno, nos termos do artigo 33-A, § 1º, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal, o qual não merece, contudo, provimento.

Na análise do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário (fls. 166/182), observou-se que parte das matérias nele debatidas já havia sido submetida ao rito da sistemática de repercussão geral, de forma que sua aplicação era imperiosa, por expressa previsão legal (artigo 1.030, inciso I, alínea "a", 1ª figura, do Código de Processo Civil e artigo 638 do Código de Processo Penal – fls. 217/221), e não vislumbro, no agravo agora em análise, a existência de distinção ou qualquer outra peculiaridade capaz de afastar a aplicação do Tema 660 do Supremo Tribunal Federal ao caso concreto.

Nesse sentido, assinalo que, no recurso extraordinário, alegou-se, entre outras teses, violação ao artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, em razão da condenação do ora agravante estar baseada exclusivamente na palavra da

Acesso ao Sumário

vítima, sem o esgotamento de todos os meios probatórios, bem como em testemunho indireto (fls. 171/179).

Verificou-se, contudo, que para a apreciação da aludida tese seria necessária a análise prévia de legislação infraconstitucional, tanto assim que a matéria também foi discutida em recurso especial, com a expressa indicação de dispositivos de lei federal violados (fls. 145/164).

Desse modo, escorreita a aplicação do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal que, na apreciação do Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT, assentou não possuir repercussão geral a matéria relativa à violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais, com extensão desse entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada.

Destaco, ademais, que, fixado o precedente vinculante, a este Tribunal, na estrita cognição do juízo de admissibilidade, cabia verificar a subsunção do caso concreto ao Tema, nos termos do artigo 1.030, inciso I, do Código de Processo Civil, evitando, com isso, o desnecessário processamento do reclamo perante o Supremo Tribunal Federal.

Nesse passo, destaco elucidativo trecho da r. decisão do E. Min. Luiz Fux[1]:

> *(...) Deveras, o instituto da repercussão geral, introduzido no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional 45/2004 (artigo 102, § 3º, da Constituição da República), resultou em verdadeira cisão na competência funcional quanto ao julgamento do recurso extraordinário, nos 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:*

1 Rcl 42588/ES, Rel. Min. LUIZ FUX, j. 05/08/2020, DJe 06/08/2020.

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: I – negar seguimento: a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral (...).

Outrossim, a natureza da demanda que originou o precedente não constitui critério a ser sopesado em sua aplicação, bastando que a matéria aventada no recurso se subsuma à hipótese fixada no tema da Corte Suprema. A corroborar tal interpretação, decisão do próprio Supremo Tribunal Federal aplicando o mencionado precedente em feito criminal:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MATÉRIA CRIMINAL. CRIME DE EXTORSÃO. ART. 158, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVAS. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. TEMAS 424 E 660 DA REPERCUSSÃO GERAL. DOSIMETRIA DA PENA. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CF/88. INEXISTÊNCIA. TEMA 339. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. ANÁLISE PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A discussão referente ao indeferimento de produção de prova é de índole infraconstitucional, conforme o Tema 424 da repercussão geral. Os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e dos limites da coisa julgada, quando debatidos sob a ótica infraconstitucional, não revelam repercussão geral apta a tornar o apelo extremo admissível (Tema 660). Precedentes. 2. As instâncias ordinárias evidenciaram, de forma concreta, as razões pelas quais se impunha a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena imposta ao ora agravante, de modo que não há como acolher a alegação de negativa de jurisdição decorrente da alegada ausência de motivação, restando incólume o art. 93, IX, da Constituição Federal. 3. O Tribunal a quo, ao manter o regime inicial fixado em primeira instância, deixou expressamente consignado que "O regime para o desconto das penas privativas de liberdade deve ser o fechado, tendo em vista que os réus ostentam uma tendência mórbida para a prática de crimes, e que, como policiais, munidos de armas de fogo e de informações privilegiadas, extorquiam comerciantes utilizando-se de toda infraestrutura estatal, inclusive de viaturas, devendo os apelantes passar pelos três estágios executórios", de modo que eventual divergência em relação ao entendimento adotado pelo Tribunal de origem demandaria o revolvimento dos fatos e provas constantes dos autos, o que inviabiliza o processamento

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

do extraordinário, nos termos da Súmula 279 do STF. Precedente. 4. No que concerne ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva de ofício, verifico que, diante da possibilidade de ocorrência de causas impeditivas, interruptivas ou suspensivas do curso prescricional, recomendável que o tema seja enfrentado em sede própria pelas instâncias ordinárias 5. Agravo Regimental a que se nega provimento.[2]

Constato, assim, que o *decisum* impugnado foi preciso e individualizado, pautando-se pelas circunstâncias aduzidas no recurso extraordinário e pelo teor do precedente qualificado do Supremo Tribunal Federal, não se podendo falar em decisão carente de fundamentação, sendo de rigor, portanto, a manutenção da sistemática da repercussão geral aplicada.

Ressalto, por fim, que os demais aspectos discutidos no recurso extraordinário restaram abarcados pelo capítulo da decisão agravada que não o admitiu, diante da existência de óbice processual.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO, DETERMINANDO** à Secretaria o cumprimento, oportunamente, da deliberação contida na parte final do despacho de fls. 280.

Acesso ao Sumário

2 ARE 1.278.146 AgR-segundo; Rel. Min. EDSON FACHIN; SEGUNDA TURMA, j. 11/11/2021, publ. 10/01/2022.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005247-43.2023.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que são apelantes JOSÉ WARLLES ANDRADE DOS SANTOS e FABIO MONTANINI FERRARI, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE ARAÇATUBA.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram por prejudicada a dúvida e não conheceram da apelação, v u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.128)**

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, 1º de março de 2024.

FRANCISCO LOUREIRO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – NEGATIVA DE REGISTRO DE CARTA DE SENTENÇA – TÍTULO JUDICIAL QUE SE SUJEITA À QUALIFICAÇÃO REGISTRAL – IRRESIGNAÇÃO PARCIAL CONTRA AS EXIGÊNCIAS REGISTRÁRIAS – DÚVIDA PREJUDICADA – RECURSO NÃO CONHECIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Fabio Montanini Ferrari** e **José Warlles Andrade dos Santos** contra a r. sentença de fls. 81/83, que julgou procedente dúvida suscitada diante de recusa de registro de carta de sentença extraída do processo de inventário dos bens deixados por Carmen Martins Ritchie e outro (autos n. 1009577-30.2016.8.26.0032), envolvendo o imóvel da matrícula n. 103.693 do Oficial de Registro de Imóveis e Anexos de Araçatuba/SP (fl. 54), conforme as exigências da nota de devolução de fls. 55/56 (prenotação n. 369.351).

Fê-lo a sentença devido à presença de diversas exigências a serem cum-

pridas, tais como o registro da partilha dos bens deixados por Donald Harival Goldney Ritchie e Anthony Basil Ritchie, além da apresentação das certidões de casamento de todos os envolvidos. Outro óbice estaria no fato de o requerimento envolver as empresas da parte suscitada, o que contraria determinação judicial.

Os apelantes sustentam que adquiriram o imóvel da matrícula n. 103.693 por meio de instrumento particular de compra e venda celebrado com apoio em alvará judicial expedido no processo de inventário de autos n. 1009577-30.2016.8.26.0032; que a recusa ocorreu devido ao fato de a inventariada Carmen ter se casado em comunhão universal de bens com Donald Harival Goldney Ritchie, falecido em 1982, data posterior à aquisição do imóvel pelo casal. A partilha total do bem foi feita, porém, apenas em nome de Carmem, o que evidencia erro do próprio registrador à época; que a partilha foi realizada de acordo com os mesmos quinhões que seriam destinados aos herdeiros na hipótese de partilha anterior em nome de Donald Harival Goldney Ritchie; que o ITCMD foi recolhido sobre o valor total do bem, o que afasta prejuízo ao ente fiscal. Descabida, portanto, a retificação da partilha.

Argumentam, ainda, que o registro do título não acarretará dano aos herdeiros. Em verdade, a manutenção das exigências trará prejuízo aos adquirentes terceiros de boa-fé, sendo que o requerimento foi feito em seu nome, sem envolvimento de suas empresas (fls. 101/105).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela prejudicialidade da dúvida ou, alternativamente, pelo não provimento do recurso (fls. 133/137).

É o relatório.

Por primeiro, é importante observar que, ainda que se trate de título judicial, tal fato não o torna imune à qualificação registral (Apelação Cível nº 413-6/7; Apelação Cível. nº 0003968-52.2014.8.26.0453; Apelação Cível nº 0005176-34.2019.8.26.0344; e Apelação Cível nº 1001015-36.2019.8.26.0223).

No caso concreto, a carta de sentença de fl. 16, extraída em inteiro teor do inventário dos bens deixados por Carmen Martins Ritchie e outro (processo de autos n. 1009577-30.2016.8.26.0032, 2ª Vara da Família e Sucessões da Comarca de Araçatuba/SP), foi qualificada negativamente pelo Oficial nos seguintes termos (fls. 55/56):

> "O TÍTULO ANEXO É DEVOLVIDO NESTA DATA, PRENOTADO, PARA QUE SEJA(M) ATENDIDA(S) A(S) SEGUINTE(S) EXIGÊNCIA(S):
> *1) O imóvel da matrícula nº 103.693 encontra-se registrado em nome de CARMEN MARTINS RITCHIE no estado civil de casada, sem declinar o nome do cônjuge.*
> *Ocorre que na data da aquisição, Carmen era casada pelo regime da comunhão universal de bens com Donald Harival Goldney Ritchie. Contudo, foi apresentado para registro o formal de partilha dos bens de CARMEN MARTINS RITCHIE, no estado civil de viúva, partilhando 100% do imóvel objeto da matrícula nº 103.693.*

Tendo em vista que Carmen faleceu no estado civil de viúva, deverá, primeiramente, ser apresentada a partilha de bens do falecimento de Donald Harival Goldney Ritchie (em protocolo distinto), referente a totalidade do imóvel acima e, caso o imóvel tenha sido partilhado para a viúva e herdeiros, o presente título deverá ser retificado para constar a partilha sobre 50% do imóvel, uma vez que na partilha de Donald será separada e entregue a meação (50%) à viúva meeira Carmen; bem como, deverá ser observada a compra e venda realizada nos autos.

Fundamento:

– artigo 1.667 do Código Civil; Princípios da continuidade e disponibilidade, basilares do sistema registrário.

Resolvido o item acima:

2) O registro do presente título fica condicionado ao recolhimento, perante este Registro de Imóveis, da importância de R$ 4.869,93 (com a emissão da certidão da matrícula), referente às custas incidentes sobre os serviços registrais, cujo PIX ou outra forma de pagamento será gerado/informado após a reentrada do título".

Os apresentantes, inconformados apenas com a primeira das exigências, pleitearam, na forma do artigo 198 da Lei de Registros Públicos, pela suscitação da dúvida registrária (fls. 06/08).

Vê-se, portanto, que, embora a nota devolutiva tenha apontado duas exigências, não houve impugnação efetiva nem cumprimento da segunda, a qual envolvia complementação de emolumentos.

A ausência de insurgência contra uma ou mais exigências registrárias ou mesmo a anuência com qualquer delas prejudica a dúvida, que só admite duas soluções: a) a determinação do registro do título protocolado e prenotado, que é analisado, em reexame da qualificação, tal como se encontrava no momento em que surgida dissensão entre o apresentante e o Oficial de Registro de Imóveis; ou b) manutenção da recusa do Oficial.

Neste sentido:

"REGISTRO DE IMÓVEIS. Constituição de garantia hipotecária por cédula de crédito bancária. Impugnação parcial às exigências formuladas. Precedentes do E. Conselho Superior da Magistratura. Dúvida prejudicada. Recurso não conhecido" (TJSP; Apelação Cível 1009988-64.2018.8.26.0077; Rel. DES. PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral; Órgão Julgador: Conselho Superior de Magistratura; Foro de Birigui – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/10/2019; Data de Registro: 30/10/2019).

"REGISTRO DE IMÓVEIS – Irresignação parcial – Dúvida – Apelação interposta que impugnou apenas parte das exigências – Dúvida prejudicada – Recurso não conhecido" (TJSP; Apelação Cível 1001900-32.2020.8.26.0541; Rel. DES. RICARDO ANAFE, Corregedor Geral; Órgão Julgador: Conselho Superior de Magistratura; Foro de Santa Fé

Acesso ao Sumário

do Sul - Vara do Juizado Especial Cível; Data do Julgamento: 18/2/2021; Data de Registro: 5/3/2021).

"REGISTRO DE IMÓVEIS – ESCRITURA PÚBLICA DE DOAÇÃO – AUSÊNCIA DE INSURGÊNCIA ESPECIFICADA DOS ÓBICES REGISTRÁRIOS – DÚVIDA PREJUDICADA – APELO NÃO CONHECIDO" (TJSP; Apelação Cível 1045132-80.2021.8.26.0114: Rel. DES. FERNANDO TORRES GARCIA, Corregedor Geral; Órgão Julgador: Conselho Superior da Magistratura; Foro de Campinas – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/1/2023; Data de Registro: 2/2/2023).

Prejudicada a dúvida, o recurso interposto não deve ser conhecido e, de acordo com precedentes atuais da E. Corregedoria Geral da Justiça e deste C. Conselho Superior da Magistratura, ante o não conhecimento do recurso, descabe prosseguir com o exame das questões de fundo por ausência de poder vinculativo dessa providência, dada sua natureza meramente consultiva (nesse sentido: Apelação n. 1015740-2016.8.26.0577; Apelação n. 1000295-86.2017.8.26.0531, Apelação n. 1001619-57.2016.8.26.0431; Recurso Administrativo n. 1002459-72.2017.8.26.0224; Recurso Administrativo n. 104802-13.2017.8.26.0224).

Ante o exposto, pelo meu voto, **não conheço** da apelação, dando por prejudicada a dúvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0004530-28.2019.8.26.0278, da Comarca de Itaquaquecetuba, em que é apelante LATUF CURY PARTICIPAÇÕES S/A, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE ITAQUAQUECETUBA.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.266)**

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, 20 de março de 2024.

FRANCISCO LOUREIRO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL – DÚVIDA JULGADA PROCEDENTE – DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA QUE NÃO ESTÁ EM ORDEM – NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO DE TODOS OS TITULARES DE DOMÍNIO E, SE FALECIDOS, DE SEUS ESPÓLIOS OU RESPECTIVOS HERDEIROS – Rejeição do pedido QUE SE IMPÕE, na forma do Art. 216-A, § 8º, da Lei nº 6.015/1973 – INTERESSADA QUE, ASSIM QUERENDO, PODERÁ BUSCAR NA ESFERA JURISDICIONAL O RECONHECIMENTO DE SEU ALEGADO DIREITO – APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por ***Latuf Cury Participações S/A*** contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, Civil de Pessoa Jurídica e Civil das Pessoas Naturais e de Interdições e Tutelas de Itaquaquecetuba/SP, que manteve a recusa de registro da aquisição da propriedade por usucapião dos imóveis matriculados sob nºs 7.948 e 7.949 junto ao Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica de Poá/SP, sob o fundamento de que não há provas do preenchimento dos requisitos legais da modalidade de usucapião eleita (fls. 432/434).

A apelante alega, em síntese, estar demonstrado o exercício da posse mansa, pacífica e ininterrupta pelo tempo necessário à configuração da usucapião extraordinária, como confirmam as atas notariais e demais documentos apresentados ao Oficial de Registro. Entende ser possível somar sua posse à posse exercida pelos sucessores de Luiz Russo, em relação à integralidade da área, incluída a fração não pertencente ao *de cujus*, esclarecendo que os herdeiros agiram como se fossem donos da totalidade do imóvel desde 15.05.1996, data do falecimento de seu genitor. Afirma, nos termos do art. 10 do Provimento CNJ nº 65/2017, competir ao Oficial de Registro notificar os titulares de domínio, não podendo, portanto, ser responsabilizada pela diligência faltante. Subsidiariamente, pugna pelo reconhecimento da aquisição da propriedade por usucapião ordinária (fls. 455/477).

O Oficial de Registro de Imóveis manifestou-se a fls. 975/986.

A douta Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 996/1000).

É o relatório.

O procedimento extrajudicial de usucapião foi iniciado perante o Oficial

Acesso ao Sumário

de Registro de Imóveis, tendo o MM. Juiz Corregedor Permanente julgado procedente a dúvida suscitada para confirmar a rejeição do pedido, com a consequente manutenção da negativa de registro (fls. 432/434).

O Oficial de Registro havia indeferido o pedido de usucapião extrajudicial, por entender que (fls. 375/376):

"1) conforme já informado o ponto central da discussão reside no fato da empresa requerente, LATUF CURY PARTICIPAÇÕES S/A, não possuir tempo de posse suficiente para pleitear a usucapião extraordinária;

1.1) conforme documentação apresentada, a empresa adquiriu a posse em 17/06/2009, pouco mais de 9 anos. Em razão disso pretende se valer do instituto da 'acessio possessionis', ou seja, somar o tempo de posse dos antigos possuidores para completar o período aquisitivo;

1.2) a empresa adquiriu metade da posse por transmissão do Espólio de Luiz Russo, e a outra metade por transmissão feita pelos herdeiros de Luiz Russo (ambos instrumentos datados de 17/06/2009);

1.3) LUIZ RUSSO já era proprietário tabular de metade dos imóveis, conforme matrículas nºs 7948 e 7949 do R.I. de Poá. Contudo, a outra metade pertencia a terceiros (...). Segundo a requerente, LUIZ RUSSO adquiriu a outra metade dos imóveis por acordo verbal e não há qualquer documento que efetivamente comprove a transmissão;

1.4) portanto, somente seria possível somar o tempo de posse de LUIZ RUSSO se fosse possível provar que ele exercia posse EXCLUSIVA sobre a totalidade dos imóveis. Do contrário, sendo ele proprietário tabular de metade dos imóveis, detentor do jus possidendi, não seria possível somar sua posse à posse do(a) requerente que decorre do jus possessionis (...).

1.5) portanto, não tendo sido demonstrado tempo de posse por todo o período exigido no Código Civil e entendendo não ser possível a soma do tempo de posse dos antecessores, mostra-se inviável o deferimento do pedido de usucapião extrajudicial intentada pela requerente;

2) em notificação anterior, informamos ao requerente acerca do falecimento de um dos proprietários tabulares, BENEDITO DAL'AQUA, bem como da necessidade de notificação de seus herdeiros na forma do artigo 12 do Provimento 65/2017 do CNJ. Nesta ocasião, o requerente apresentou a certidão de óbito de Benedito na qual consta como herdeiros, Marcos Antonio, Luiz Carlos e Maria Aparecida. O advogado dos interessados solicita a notificação da viúva e dos herdeiros-filhos, mas, de acordo com o artigo 12 do Provimento 65/2017 do CNJ, poderão assinar a planta e o memorial descritivo os herdeiros legais, desde que apresentem escritura pública declaratória de únicos herdeiros com nomeação de inventariante ou o termo judicial de nomeação de inventariante, com o escopo de colaborar para o andamento do presente procedimento,

Acesso ao Sumário

efetuamos buscas junto a Central de Registradores onde constatamos a existência de inventário por falecimento de BENEDITO DAL'AQUA, que tramita perante o Juízo de Direito da 2ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional do Tatuapé, da Comarca de São Paulo-SP, processo nº 983/97 já finalizado. Assim, necessário apresentar o Formal de Partilha para verificar como ficaram partilhados os imóveis objeto das matrículas nºs 7.948 e 7.949 do R.I. de Poá para que possamos, então expedir as notificações necessárias, informando inclusive endereços válidos;

2) o requerente nada esclareceu sobre os demais proprietários tabulares constantes das matrículas nºs 7948 e 7949, do R.I. de Poá, ou seja, AMARO MARTINS, REGINA ROSSI MARTINS, JOÃO DOS SANTOS ROMÃO e MARIETE CALDEIRA ROMÃO. Caso não seja possível colher a anuência, o interessado deverá fornecer endereço válido para notificações. Em caso de falecimento, poderão assinar a planta e o memorial descritivo os herdeiros legais, desde que apresentem escritura pública declaratória de únicos herdeiros com nomeação de inventariante. Tal exigência encontra amparo no artigo 12 do Provimento 65/2017 do CNJ;

8) não foram apresentados número de vias da planta, do memorial descritivo, do requerimento e da ata notarial, suficientes para instruir eventuais notificações;

(...)"

Como se vê, a despeito das alegações apresentadas pela apelante em suas razões recursais, a controvérsia não está, simplesmente, na suficiência, ou não, das provas apresentadas para a pretendida *accessio possessionis* e consequente comprovação do preenchimento dos requisitos da usucapião extraordinária.

Em verdade, antes mesmo da análise da natureza e tempo da posse exercida pela apelante sobre os imóveis usucapiendos, é preciso ressaltar que, para o processamento da usucapião extraordinária, impõe-se a observância das diretrizes trazidas pelo Provimento CNJ nº 65/2017, em vigor quando do início do presente procedimento. Essa circunstância não se alterou com a edição do Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça (Provimento nº 149/2023 do Conselho Nacional de Justiça), que atualmente regula a usucapião extrajudicial.

De seu turno, as Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça dispõem, nos subitens 416.1 e 416.2, Capítulo XX, Tomo II, sobre os requisitos do requerimento da usucapião extrajudicial e os documentos que devem instruir o pedido.

Ocorre que, em sua manifestação nos autos (fls. 975/986), o Oficial de Registro esclareceu que, para além dos questionamentos referentes à prova da posse mansa, pacífica e ininterrupta, pelo prazo da prescrição aquisitiva, no caso concreto não houve, em virtude da não apresentação da documentação exigida,

Acesso ao Sumário

a devida notificação de todos os proprietários tabulares dos imóveis usucapiendos.

Ora, insiste a apelante em afirmar que as provas trazidas aos autos seriam suficientes para deferimento do pedido de usucapião. No entanto, sem que sejam atendidas as exigências formuladas pelo registrador, com a consequente juntada dos documentos faltantes para notificação de todos os titulares de domínio e, se falecidos, de seus espólios ou respectivos herdeiros, mostra-se inviável o deferimento do registro pretendido por ela.

A propósito, o art. 216-A, § 8º, da Lei nº 6.015/1973 impõe a rejeição do pedido pelo Oficial do Registro de Imóveis se a documentação apresentada não estiver em ordem para a concessão da usucapião.

Consigne-se, ainda, que o pedido subsidiário de declaração de domínio por usucapião ordinária não pode ser acolhido, eis que indicado no requerimento inicial, como fundamento para a aquisição da propriedade de imóveis, modalidade de usucapião distinta.

Por fim, cumpre lembrar que a apelante, assim querendo, poderá buscar na via jurisdicional o reconhecimento de seu alegado direito, segundo a possibilidade instituída pelo art. 216-A, § 9º, da Lei nº 6.015/1973 e pelo subitem 421.5, Capítulo XX, Tomo II, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002841-36.2023.8.26.0586, da Comarca de São Roque, em que são apelantes JOSÉ CARLOS DE CARVALHO e CELINA MARIA ALVARENGA DE CARVALHO, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE SÃO ROQUE.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram prejudicada a dúvida, e não conheceram da apelação, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.272)**

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).

Acesso ao Sumário

São Paulo, 1º de abril de 2024.
FRANCISCO LOUREIRO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – IMPUGNAÇÃO PARCIAL DAS EXIGÊNCIAS FORMULADAS PELO REGISTRADOR – RECORRENTE SILENTE QUANTO À EXIGÊNCIA PELA SUBSTITUIÇÃO DE DOCUMENTOS APRESENTADOS POR ORIGINAIS OU CÓPIAS AUTENTICADAS – DÚVIDA PREJUDICADA – APELAÇÃO NÃO CONHECIDA.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **José Carlos de Carvalho e Celina Maria Alvarenga de Carvalho** contra a r. sentença de fls. 112/113, proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, Civil de Pessoa Jurídica e Tabelião de Protesto de Letras e Títulos da Comarca de São Roque, a qual julgou procedente a dúvida suscitada, mantendo a negativa de registro do título objeto da prenotação n. 156.136 (escritura pública de venda e compra, com cláusula de condição resolutiva, envolvendo o imóvel da matrícula n. 18.856 daquela serventia).

Conforme o Registro n. 2 da matrícula n. 18.856, Andris Brauns e Maria Rogéria adquiriram o imóvel por escritura lavrada perante o Tabelião de Notas do Município de Ibiúna **no dia 25 de março de 1988**, ocasião em que se apresentaram no estado civil de solteiros (fls. 30/32).

Andris e Maria Rogéria se casaram posteriormente, em 14 de junho de 1989, perante o Cartório de Registro Civil do Distrito de Leeds, na Grã-Bretanha, passando ela a se chamar Maria Rogéria Brauns (fls. 101/102).

Em 15 de agosto de 2008, venderam o imóvel para a parte suscitada por meio da escritura pública que agora foi apresentada para registro (fls. 11/14).

Ocorre que a certidão de casamento estrangeira cuja transcrição acompanhou o título informa que Andris teve um casamento dissolvido antes de se casar com Maria Rogéria.

Constatou-se que a dissolução do casamento de Andris Brauns com Denise Ann Brauns foi decretada **no dia 21 de junho de 1988** por sentença expedida pelo Tribunal do Condado de Leeds, a qual *"tornou-se definitiva e incondicional em 15 de agosto de 1988"* (fls. 44/49).

Assim, dentre outras exigências, o Registrador entendeu necessária apresentação da certidão de casamento das primeiras núpcias para verificação do regime de bens do casal, hipótese em que, havendo comunicação de propriedade, o registro da partilha deveria preceder o do título apresentado. Caso o imóvel

Acesso ao Sumário

não tenha sido partilhado, seria necessário o comparecimento de Denise na alienação (fls. 61/63).

O Corregedor Permanente manteve a negativa, concluindo que a certidão de casamento atualizada é a única forma de aferir que a transmissão está sendo realizada pelo titular do direito real, com respeito à continuidade dos registros (fls. 112/113).

A parte recorrente reitera as razões que apresentou inicialmente, no sentido de ser indevida a exigência pela apresentação da certidão relativa às primeiras núpcias de Andris, uma vez que referido matrimônio não foi registrado no Brasil e, por consequência, não gera efeitos neste país (fls. 06/09 e 121/130).

O feito foi redistribuído ao C. Conselho Superior da Magistratura pela decisão de fl. 147.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 168/171).

É o relatório.

Vê-se que o caso envolve registro de contrato de compra e venda de bem imóvel, o qual foi negado pelo Oficial mediante nota de devolução (fls. 61/63), com reiteração de alguns tópicos de devoluções anteriores que não foram atendidos.

Além da apresentação da certidão de casamento das primeiras núpcias de Andris, destinada ao esclarecimento quanto à necessidade de comparecimento do antigo cônjuge na última alienação, o Oficial também fez as seguintes exigências:

> *"Todos os documentos apresentados por cópias deverão ser substituídos por seus originais ou cópias autenticadas, especialmente aqueles que deverão ser suportes de averbações na matrícula do imóvel (vide Certidão da Transcrição de Certidão de casamento extraída em 23/07/1991, no Registro Civil do 1º Subdistrito da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, do termo n. 3635, livro B-76, fls. 123 vº).*
>
> *O instrumento particular de mandato outorgado por JOSÉ CARLOS DE CARVALHO e CELINA MARIA ALVARENGA DE CARVALHO é cópia singela e, deve ser substituída pelo original ou por cópia autenticada".*

No entanto, verifica-se que a parte recorrente impugnou apenas a primeira exigência, não se insurgindo contra as duas últimas.

Para que se possa decidir se o título pode ser registrado ou não, é necessário que todas as exigências, e não apenas parte delas, sejam examinadas.

A ausência de insurgência contra a exigência pela apresentação de originais ou cópias autenticadas dos documentos faz com que o presente recurso assuma caráter meramente teórico, o que não se admite porque redundaria na prolação de decisão condicional quando, na realidade, somente caberiam duas soluções: a afirmação da possibilidade ou não da prática do ato, considerado o

Acesso ao Sumário

título tal como apresentado ao Oficial registrador e por ele qualificado (artigo 203 da LRP).

Em outras palavras, como a parte apelante não atacou todas as exigências, acabou afirmando a pertinência daquelas não contestadas, o que torna o recurso prejudicado.

E de acordo com precedentes da Corregedoria Geral da Justiça e do Conselho Superior da Magistratura, ante o não conhecimento do recurso, descabe prosseguir com o exame das questões de fundo por ausência de poder vinculativo dessa providência, dada sua natureza meramente consultiva (nesse sentido as Apelações n. 1005247-43.2023.8.26.0032, n. 1003730-24.2022.8.26.0586 e n. 1045132-80.2021.8.26.0114, bem como os Recursos Administrativos n. 1000818-39.2023.8.26.0224, n. 1004759-10.2022.8.26.0037 e n. 1006485-75.2019.8.26.0408).

Ante o exposto, por estar prejudicada a dúvida, **não conheço** da apelação.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

MLTON PAULO DE CARVALHO FILHO (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da Posse Solene da Desembargadora Ana Paula Corrêa Patiño (Cerimônia realizada em 07.03.2024).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Doutor Fernando Antonio Torres Garcia, na pessoa de quem, me permita, saúdo os demais colegas, autoridades, convidados e familiares da ilustre Doutora Ana Paula Corrêa Patiño.

Saudar em nome do Tribunal de Justiça de São Paulo, minha colega e amiga Ana Paula, é para mim demais honroso. Mas, acima de tudo, traz-me imenso orgulho e emoção, porque a conheço e admiro há muitos anos.

Acredito na sua imensurável alegria, não só por este momento. Mas porque quis o destino fosse recepcionada para ingresso no maior Tribunal de Justiça do País, exatamente quando completa 150 anos de existência, de muito trabalho, lutas e glórias, que o consagraram como a melhor Corte Nacional.

A Doutora Ana Paula advém do 5º Constitucional da Advocacia, tendo esse Tribunal reconhecido seu notório saber jurídico e sua reputação ilibada, por maciça maioria dos Membros do Órgão Especial, sendo a escolha chancelada imediatamente pelo Chefe do Poder Executivo. Sempre desempenhou a sua atividade profissional, indispensável à administração da Justiça, com muito zelo, estudo, altivez e dedicação. Asseguro esta realidade e ainda o seu sucesso na carreira, em razão de convívio profissional que manteve com a minha esposa e Advogada Martha Cristina em algumas demandas judiciais.

A Desembargadora Ana Paula é casada há 27 anos com o Doutor Antonio Maria Patiño Zorz, Juiz de Direito, meu colega e amigo, hoje responsável pelo Departamento Técnico de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária – Dipo. Tive a oportunidade de conhecê-lo nas atividades profissional e desportiva. Amigos meus há mais de 23 anos, o casal integra família com raízes sólidas de honra, integridade e felicidade, juntamente com os filhos Luís Fernando e Vinícius, meninos amorosos e respeitosos.

Acesso ao Sumário

A Doutora Ana Paula Patiño, filha querida da Senhora Berenice Corrêa, é descendente de família de Magistrado, sendo seu genitor o Doutor José Telles Corrêa, Desembargador que muito se dedicou e honrou esse Tribunal até aposentar no ano de 2005. A atividade de seu pai e de seu esposo, com certeza, contribuiu para que ela fizesse a escolha pela Magistratura paulista, em razão do exemplo de dedicação, amor e dignidade manifestado por eles.

Formada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em

1991, é Mestre e Doutora pela mesma universidade, possuindo, ainda, títulos de especialização em Direito Contratual e Empresarial. Sua dedicação aos estudos resultou na autoria de obra de Direito Civil e de vários artigos de trabalhos jurídicos publicados.

Insigne Professora Universitária, ministrou aulas em várias Faculdades de Direito na Graduação e Pós-Graduação. Professora de Direito Civil, desde 2007, no Centro Universitário da Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP, a Doutora Ana Paula construiu por meio do Magistério, em razão de sua capacidade intelectual, humildade e grande simpatia, amizades sólidas com inúmeras pessoas que a admiram, entre elas as inseparáveis amigas Naila Nucci e Marina Vezzoni, hoje suas assistentes, que, entre outros inúmeros amigos, dela se orgulham e que podem assegurar seu comportamento escorreito.

A Doutora Ana Paula está, com certeza, preparada para a judicatura. É profissional dedicada e sensível aos conflitos e interesses que lhe são submetidos todos os dias. O trabalho prestado na Advocacia por mais de 30 anos, em que sempre demonstrou preocupação em servir com dignidade aos clientes, atendendo-os da melhor maneira possível na defesa de seus interesses, assegura que sua formação moral e intelectual, aliada à capacidade de trabalho, marcou sua brilhante trajetória até aqui, e servirá de estímulo para essa nova fase de sua vida. Além disso, os ensinamentos de seu pai, de seu esposo e de seu dileto e querido amigo Álvaro Passos, Magistrados brilhantes, terão, com certeza, importante contribuição para o exercício da jurisdição.

Desembargadora Ana Paula Corrêa Patiño, o nosso Tribunal de Justiça chega este ano ao sesquicentenário e como dissera o colega Desembargador Octavio Augusto Machado de Barros Filho, com dignidade, cabeça erguida, trabalho em dia, produção. Impressiona pela segurança de sua condução. Mantém-se como veleiro no oceano, apesar da tempestade.

E nas palavras do nosso queridíssimo Presidente, "são 150 anos de profícua existência, na busca incessante do protagonismo no sistema de Justiça do país, fruto, sobretudo, da qualidade do comprometimento e do espírito público de seus Magistrados e Servidores". 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.

Agora Vossa Excelência compõe este Tribunal.

Hoje ele a acolhe de braços abertos e com a convicção de que irá honrá-lo e dedicar-se a ele sempre.

Em pouco, irá amá-lo e orgulhar-se dele, como fazemos todos nós aqui presentes.

Seja bem-vinda e feliz, minha colega e estimada amiga Ana Paula!

Obrigado.

Acesso ao Sumário

PATRÍCIA VANZOLINI (Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo)

Discurso proferido por ocasião da Posse Solene da Desembargadora Ana Paula Corrêa Patiño (Cerimônia realizada em 07.03.2024).

Boa tarde a todas e todos.

Cumprimento o Excelentíssimo Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Fernando Antonio Torres Garcia, na pessoa de quem peço vênia para cumprimentar todos os demais membros do Poder Judiciário.

São muitos aqui presentes.

Cumprimento o Excelentíssimo André do Prado, Deputado Estadual e Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, na pessoa de quem também cumprimento a todo o Poder Legislativo.

Cumprimento o Excelentíssimo Senhor Raul Cristiano de Oliveira, Secretário Executivo, representando o Secretário da Justiça e Cidadania, Fábio Prieto, e na pessoa de quem cumprimento a todo o Poder Executivo.

E vou pedir licença a todos os demais presentes aqui, celebridades e autoridades, para cumprimentá-los todos na pessoa dessas três autoridades.

Ana Paula, a sua emoção é a nossa, porque perde a Advocacia, ganha a Magistratura. Nós a cedemos a esse Tribunal com um pouco de dor no coração, pois sabemos que a Advocacia terá ficado mais pobre sem a sua presença, mas sabemos que a Magistratura, o Tribunal de Justiça e o sistema de Justiça, de forma geral, ganham muito. Por isso a cedemos, a emprestamos de bom grado, porque um dia a esperamos de volta nos braços da Ordem dos Advogados do Brasil.

Eu tive a oportunidade de conviver com a Desembargadora Ana Paula Patiño durante todo o difícil processo de seleção da lista sêxtupla e, naquele processo, algumas características da Desembargadora Ana Paula se sobressaíram. Além do notável, notório e inquestionável saber jurídico, que foi evidenciado nas sabatinas às quais ela foi submetida, se destacaram, também, a sua lealdade, a sua simpatia para com os demais candidatos à vaga, e a sua cordialidade, que a fizeram ser querida por todos e ter apenas angariado mais amigos e mais admiração nesse duro e competitivo processo. Por isso, eu tenho certeza de que essas mesmas características, de saber jurídico e também de equilíbrio e divisão humana, vão agregar muito a esse Tribunal.

Não posso também deixar de destacar a alegria que tenho por estar, a OAB SP, contribuindo com mais uma presença feminina aqui dentro desse Tribunal. Certamente não é a qualidade mais importante e relevante da Desembargadora Ana Paula, que tem e está aqui por méritos próprios e suas qualidades profissionais e humanas, mas não deixa de ser importante, e é importante para a Ordem dos Advogados do Brasil, que se acrescente ao Tribunal a visão femi-

Acesso ao Sumário

nina, a visão da mulher, a visão também da mãe Ana Paula Patiño que, por suas vivências, por suas experiências de vida, terá um olhar, certamente, diferente e complementar ao olhar masculino com o qual ela vai conviver. Então, ficamos também muito felizes com isso.

Desejo aqui, Desembargadora, toda boa sorte do mundo, toda a felicidade do mundo.

Presidente, também vou pedir licença para Vossa Excelência para fazer aqui uma quebra de protocolo rápida. A Advocacia, que escolheu a Desembargadora Ana Paula, tem um presente para entregar à Desembargadora, e eu gostaria de entregar publicamente essa lembrança, para que nossos laços sejam sempre fortes e se mantenham assim ao longo do tempo.

Muito obrigada.

ANA PAULA CORRÊA PATIÑO (Desembargadora)

Discurso proferido por ocasião de sua Posse Solene como Desembargadora do Tribunal de Justiça de São Paulo (Cerimônia realizada em 07.03.2024).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, Digníssimo Presidente deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Senhor Desembargador Artur Cesar Beretta da Silveira, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Senhor Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, Eminente Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo Cintra Torres de Carvalho, Digníssimo Presidente da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça;

Excelentíssimo Senhor Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho, Digníssimo Presidente da Seção de Direito Criminal;

Excelentíssimo Senhor Desembargador Silmar Fernandes, que não se encontra neste momento, mas que está muitíssimo bem representado por meu amigo Márcio Kayat;

Doutor Artur Lima, Secretário-Chefe da Casa Civil do Estado de São Paulo, que também não está presente, mas está representado por um grande Secretário de Governo e Relações Institucionais do Estado de São Paulo, que aqui veio, e eu quero fazer um agradecimento público, Doutor Gilberto Kassab, muitíssimo obrigada pela presença e por tudo;

Excelentíssimo Senhor Deputado Estadual André do Prado, Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo; Doutor Guilherme Derrite, Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo;

Ilustríssima Doutora Patrícia Vanzolini, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional São Paulo; E meu amigo Desembargador Milton Pau-

Acesso ao Sumário

lo de Carvalho Filho.

Eu gostaria de cumprimentar todas as autoridades aqui presentes em nome dessas eminentes autoridades que nomeei. Sei que deixei algumas autoridades, mas quero cumprimentar a todos.

Estar nesse Salão do Júri, hoje, me emociona. Tenho lembranças significativas daqui. No ano de 1987, ainda caloura na faculdade, assisti aqui, confesso que maravilhada, em um gelado dia de inverno, o último júri realizado nesse local. Naquele dia, acompanhada por meus amigos de faculdade, me apaixonei pela carreira jurídica e por esse imponente Palácio, no qual nos encontramos hoje. Alguns anos depois, em março de 1994, voltei aqui, nesse mesmo salão, para acompanhar meu então namorado em sua posse como Magistrado, juntamente com tantos amigos que passaram no mesmo concurso. E o destino quis que, 30 anos mais tarde, meu namorado, agora meu marido e pai dos meus filhos, me trouxesse aqui, neste mesmo Salão do Júri, para minha posse como Desembargadora.

Hoje é certamente um dos dias mais felizes e importantes da minha vida. É o dia da realização de um sonho. Um dia para agradecer. Meu discurso será um agradecimento. Ninguém chega até aqui sozinho. Eu não realizei esse sonho sozinha. Tenho uma enorme lista de pessoas que merecem um agradecimento especial e, para não ser injusta com alguns, não irei nomeá-los. Cada um dos que aqui estão, e outros tantos que não puderam comparecer, marcaram minha trajetória e, em alguma medida, são responsáveis para que, hoje, eu recebesse a honra de ser empossada pelo Senhor Presidente, Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, nesse grande e respeitável Tribunal de Justiça.

O primeiro agradecimento que faço é ao Ser Superior que me protege e me abençoa. Reconheço que eu sou uma pessoa privilegiada. Reconheço isso com muita frequência. Nasci no seio de uma família amorosa, que me transmitiu bons valores, me proporcionou muito mais do que eu poderia pedir, me ampara, me sustenta e está aqui comigo hoje. Tenho saúde, tenho amor, construí, junto ao meu amor, uma família que eu amo. Tenho liberdade, muitos não têm, e pude escolher e exercer as profissões que eu tanto amo, e hoje sou recebida pelo Conselho Superior da Magistratura, nessa casa, que já considero minha. Além de ter a honra de fazer parte da Magistratura Paulista, ainda tive a sorte, como bem lembrou meu amigo, a bênção de ser empossada justamente no sesquicentenário do nosso tão admirado Tribunal.

O reconhecimento de tantos privilégios vem acompanhado da responsabilidade que tenho em honrar tudo o que eu recebo. Não pode ser à toa tanta coisa boa. É preciso retribuir, de alguma forma. É preciso trabalhar com afinco e responsabilidade, para que os menos privilegiados, que buscam o amparo do Judiciário, possam ser bem atendidos em suas demandas, em suas dores, e é isso que eu farei.

Acesso ao Sumário

Meu sincero agradecimento a todos os Magistrados, Advogados, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Servidores, Policiais Civis e Militares, Deputados, amigos e alunos.

Muito obrigada, meu amigo, Desembargador Milton Paulo de Carvalho Filho, por me receber e me conduzir até aqui. Muito obrigada pela sua amizade e por tão lindas palavras que tocaram meu coração. Você, meu amigo, e sua família estiveram presentes em muitos momentos felizes da minha vida. Hoje não poderia ser diferente.

Muito obrigada a tantos amigos Juízes de Primeiro Grau que vieram de cidades distantes para essa cerimônia e que desenvolvem um trabalho tão importante na linha de frente da Magistratura Paulista. Orgulha-me saber que essa nossa carreira conta com Magistrados sérios, competentes, vocacionados e verdadeiramente abnegados. Juízes e Servidores de Primeiro Grau, reconheço e admiro o trabalho de todos vocês.

Agradeço ao respeitável Desembargador Moacir Andrade Peres, o qual tenho a honra de substituir nessa Corte. Peço iluminação para a difícil missão de honrar seu nome e sua cadeira. E na pessoa deste Desembargador, que se aposentou como Decano da 7ª Câmara de Direito Público, saúdo a todos os Desembargadores que compõem essa Câmara e de quem recebi felicitações muito amorosas, que agora agradeço de público.

Muito obrigada, meus amigos queridos que sabem que moram no meu coração, da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Eu preciso nomeá-los e farei de maneira muito informal, meu Presidente, Desembargador José Joaquim dos Santos; Desembargador José Carlos Ferreira Alves; meu grande amigo, Desembargador Álvaro Augusto dos Passos, meu amigo irmão, que aqui foi muito lembrado pelo nosso amigo Milton Paulo; Desembargador Giffoni Ferreira, de quem sou a segunda Juíza; Doutora Hertha Padilha de Oliveira, que não pôde estar aqui, mas sinto a presença dela, o carinho;

Doutor Fernando Florido Marcondes, muitíssimo obrigada por estar aqui, Doutor Fernando; Doutora Maria Salete Corrêa Dias; Doutor João Baptista Galhardo Júnior e a Procuradora de Justiça Doutora Sônia Maria Schincarioli, que fazem com que o meu trabalho seja um trabalho prazeroso de ser realizado. A acolhida que recebi de todos os integrantes da 2ª Câmara, sem exceção, foi emocionante. O clima amistoso que temos nessa gloriosa Câmara faz o nosso árduo trabalho ser mais fácil. Às vezes, quando estou na sessão, me pego, quando eu não participo da turma, olhando o lugar onde estou e rezo, agradeço a Deus, e agradeço a São Judas Tadeu, por ter realizado esse meu sonho e estar naquele momento ali julgando e participando das sessões de julgamento.

Faço um especial agradecimento aos Desembargadores da 1ª Câmara de Direito Privado, amigos que também me receberam com muito carinho. E aos Magistrados e ao Procurador de Justiça da 2ª Câmara de Direito Público que, na

sessão de 6 de fevereiro, consignaram em ata votos de congratulações à minha pessoa.

Não posso esquecer de agradecer aos colegas que me antecederam nesse Tribunal provenientes do 5º Constitucional da nossa linda carreira da Advocacia. Seria leviano de minha parte tentar nomeá-los, mas, em nome de todos os Desembargadores do 5º Constitucional, saúdo com muito respeito e admiração todos os 360 Desembargadores deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Muito obrigada à minha equipe, que encarou comigo o desafio de montar um gabinete novo. Pedro, Naila, Régener, Marina, Denys, Silvia e Hendriu, vocês são gigantes! Aceitaram o ritmo e o volume de trabalho que, reconheço, é enorme. Muito obrigada pelo trabalho que cada um de vocês desempenha no gabinete.

Presidente Patrícia Vanzolini, obrigada pelas palavras. Em nome de quem eu cumprimento a classe dos Advogados, da qual eu fiz parte e tenho muito orgulho, por 32 anos. Fui muito feliz na Advocacia. Fiz amigos queridos e me realizei profissionalmente. É uma carreira corajosa, é uma carreira para quem tem coragem e só sabe disso quem a exerce. Essa carreira que tanto me marcou por 32 anos, não tem como sair de mim. Ela me deixou uma vivência que não se apagará. Reafirmo aqui, perante este Tribunal e perante o meu Presidente, o compromisso que assumi na OAB. Meu gabinete está aberto para ouvir todos os Advogados que têm uma contribuição relevante aos processos nos quais atuo.

Muito obrigada, valorosos Conselheiros da OAB que me conduziram à lista sêxtupla em duas oportunidades.

Os Magistrados de carreira têm colegas de concurso, quem está aqui sabe. Os que disputam o 5º Constitucional, têm amigos do quinto. E a fala da Presidente Patrícia Vanzolini foi muito feliz também nesse sentido. Eu fiz amigos do quinto e, meus amigos do quinto, eu, verdadeiramente, desejo que vocês passem tudo o que eu estou passando, sintam a felicidade que eu estou sentindo hoje, desejo de verdade. Persistam. Só não é vitorioso quem desiste!

Muito obrigada, meus amigos de Magistério e meus alunos, que tanto me enriquecem com sua juventude. Durante 29 anos exerço a nobre profissão de Professora, que tanto me satisfaz profissionalmente. Agradeço aos meus companheiros do Cogeae que verdadeiramente torceram por mim nessa jornada e aos amigos da FAAP. Só quem vive ali, aquela amizade que nós temos na FAAP, sabe o quanto é bom lecionar em meio a estes amigos. Eu não poderia nomeá-los todos porque, realmente, são muitos e eu poderia ser injusta.

Aos meus amigos da Faculdade de Direito, com quem compartilhei a juventude, também peço licença para cumprimentá-los na pessoa da Eli. A irmã de alma, que as Arcadas me presentearam em 1987 e que faz parte da minha vida até hoje. Sei que vocês, meus amigos, entendem e me permitem essa licença.

Agradeço aos amigos que vieram de outras cidades e outros Estados. Vocês estiveram comigo durante cinco anos inesquecíveis, maravilhosos. Éramos jovens com toda a vida pela frente e sem grandes responsabilidades.

A turma da Faculdade de Direito de 1991 se mobilizou em uma corrente de amor e de boas energias, assim que iniciei o processo que finalizo hoje. Vocês vibraram comigo a cada lista sêxtupla, a cada lista tríplice e, ao final, a nomeação do Governador. Hoje estamos celebrando, juntos, esse momento único.

Tê-los aqui comigo me faz sentir um pouco daquela felicidade juvenil do final dos anos 80.

Recordo perfeitamente o dia que eu entrei na São Francisco, minha vida mudou naquele dia. Encantei-me pela Faculdade logo no trote e, no primeiro dia de aula, eu já havia sido arrebatada.

Pois é justamente esse sentimento que tenho hoje. A Magistratura me arrebatou. Parece que tenho 18 anos, só que em outro Palácio, muito pertinho daquele primeiro.

Muito obrigada aos meus amigos de infância, da adolescência, da Advocacia, da Docência, do Ministério Público, da Magistratura, da Procuradoria do Estado, da Defensoria Pública, de todas as carreiras que eu tanto respeito no âmbito jurídico, e aos meus alunos que vieram me prestigiar.

Já me encaminhando para o final, o meu maior agradecimento tem que ser para a minha família, que também é enorme.

Meus pais, cuja vida foi dedicada a criar os filhos para que desenvolvessem todas as potencialidades. Reconheço o esforço e a abdicação que fizeram em prol da nossa felicidade.

Meu pai, que já ocupou o cargo que hoje ocupo, quero honrar seu nome e sua trajetória nesse Tribunal. Padrinho e Waldemar, pais do coração, vocês estiveram presentes na minha vida sempre.

Relembro com saudades da minha tia Marina, também advogada brilhante, cujo anel estou usando, que infelizmente não pode celebrar essa vitória comigo, mas está aqui de alguma maneira.

Agradeço meus sogros, que me presentearam com o amor da minha vida, meu marido.

Agradeço meus cunhados. Vocês, meus cunhados, estiveram sempre comigo também, fazem meus irmãos e meu cunhado muito felizes, e me deram um presente, vários, graças a Deus, que não tem como descrever, os meus sobrinhos, que dão alegria à minha vida.

Agradeço os meus sobrinhos por encherem minha vida de felicidade. Muito obrigada aos meus afilhados, aos meus filhos do coração, as minhas duas sobrinhas netas. Que felicidade acompanhar o crescimento de todos vocês.

Meus filhos, Luís Fernando e Vinícius. Amo os dois exatamente do jeito que vocês são. Eu agradeço por ser mãe de vocês. Sou privilegiada. Minha vida

Acesso ao Sumário

tem significado, alegria e amor, porque eu sou mãe destes dois jovens. Agradeço por entenderem minha obstinação nesse processo e minhas ausências, e por viverem isso comigo. Vocês também ficaram obstinados por esse processo e assistiram a uma sessão do Órgão Especial em casa pela televisão. Eles, efetivamente, estiveram comigo ao longo do caminho.

Amor da minha vida, Patiño. Você foi o maior incentivador para que eu estivesse aqui hoje. 80% dessa vitória é sua. Muito obrigada, eu realizo o meu sonho porque você existe. Na vida você é meu maior incentivador. Sem você nada disso teria acontecido. E sem você a vida não teria tanta graça, tanta felicidade. Nosso amor, nossa cumplicidade, nossa família, tudo o que vivemos juntos, as felicidades, as tristezas, os desafios e os períodos de calmaria. Nossos choros, risadas, nossa maneira de viver, nossa leveza em encarar a vida. É isso que faz a vida valer a pena.

Eu te amo.

Finalizo me dirigindo aos meus irmãos Paula, Maria e Paulo. Hoje realizo um sonho, que por vezes cheguei a duvidar se conseguiria. Vocês sabem que o caminho não foi fácil, mas nas dificuldades que enfrentei, eu parava e me lembrava quem eu sou! Quem somos nós. Vocês vão me entender. Nós quatro somos feitos dos nossos antepassados, temos um pouco de cada um deles. E é nisso que reside a nossa força.

Paulo, eu e você somos afilhados da Sônia Paula. Meus irmãos, nós quatro, somos sobrinhos de Marina Costa, filhos de Berenice Corrêa e netos de Ambrosina Moura e Maria Julieta da Silva Teles. É disso que nós somos feitos, são estas pessoas que fazem a nossa fortaleza. Acreditem e lutem pelos sonhos de vocês, porque tudo isso é sempre possível.

Muito obrigada por tanto carinho e tanta felicidade que eu estou sentindo hoje, a todos. Muito obrigada, Senhor Presidente.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento proferido por ocasião da Posse Solene da Desembargadora Ana Paula Corrêa Patiño (Cerimônia realizada em 07.03.2024).

Uma vez mais, boa noite a todos e a todas.

A nominata é longa, porém, a importância do ato e a solenidade desse momento exigem que eu mencione todas as autoridades aqui presentes.

Excelentíssimo Senhor Deputado Estadual André do Prado, Digníssimo Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Senhor Raul Cristiano de Oliveira Sanches, Secretário Executivo da Justiça e Cidadania, representando o Excelentíssimo Senhor Go-

Acesso ao Sumário

vernador do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Desembargador Artur Cesar Beretta da Silveira, Eminente Vice-Presidente desta Corte;

Excelentíssimo Senhor Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo; Excelentíssimo Senhor Desembargador Paulo Dimas Debellis Mascaretti, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no biênio 2016/2017;

Excelentíssimo Desembargador Milton Paulo de Carvalho Filho, Orador em nome do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, meu amigo, e que me deixou em maus lençóis porque pouco resta a falar agora da Desembargadora Ana Paula;

Excelentíssimo Desembargador Ricardo Cintra Torres de Carvalho, Digníssimo Presidente da Seção de Direito Público deste Tribunal de Justiça;

Excelentíssimo Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho, Digníssimo Presidente da minha Seção de Direito Criminal do Tribunal de Justiça;

Excelentíssimo Desembargador Federal Johonsom Di Salvo, Vice-Presidente do Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, representando o seu Presidente;

Excelentíssimo Senhor General de Brigada Eduardo Rodrigues Schneider, Assessor de Relações Institucionais do Comando Militar do Sudeste, representando o Comandante do Comando Militar do Sudeste, General de Exército Guido Amin Naves;

Excelentíssimo Doutor Gilberto Kassab, Digníssimo Secretário de Governo e Relações Institucionais do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Deputado Guilherme Derrite, Digníssimo Secretário da Segurança Pública do Estado de São Paulo, um parceiro desta Corte de Justiça;

Excelentíssimos Deputados Estaduais Jorge Wilson e Thiago Auricchio;

Excelentíssimo Doutor Tiago Oliveira de Matos, Subprocurador-Geral do Contencioso Tributário Fiscal Adjunto, representando a Procuradora-Geral do Estado de São Paulo;

Excelentíssima Doutora Maíra Ferreira Tasso, Defensora Assistente da Segunda Subdefensoria Pública Geral, representando o Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Doutor Artur Jorge Dian, Delegado Geral de Polícia do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Desembargador Walter Barone, Vice-Presidente da União Internacional de Juízes e Vice-Presidente da Associação Paulista de Magistrados, a nossa querida Apamagis, representando o seu Presidente;

Excelentíssima Doutora Patrícia Vanzolini, Eminente Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil Seção São Paulo; Excelentíssima Senhora Si-

mone Henrique, Assessora da Secretaria Municipal de Justiça, representando o Prefeito de São Paulo;

Excelentíssima Desembargadora Rosangela Maria Telles, Ouvidora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Excelentíssima Juíza Doutora Ana Maria Brugin, Presidente do Instituto Paulista de Magistrados;

Excelentíssimo Doutor Pedro Eduardo de Camargo Elias, 1º Secretário da Associação Paulista do Ministério Público, representando o seu Presidente;

Excelentíssima Doutora Renata Castello Branco Mariz de Oliveira, Eminente Vice-Presidente da Associação dos Advogados de São Paulo, representando o seu Presidente;

Excelentíssimo Doutor Leonardo Machado de Melo, Diretor Administrativo do Instituto dos Advogados de São Paulo, representando o seu Presidente;

Excelentíssimo Coronel PM Miguel Elias Daffara, Chefe da Assessoria Policial Militar desta Corte;

Excelentíssimo Doutor Tiago Antonio Salvador, Delegado de Polícia Chefe da Assessoria Policial Civil do Tribunal de Justiça;

Ilustríssimo Doutor Henrique Ávila, Presidente da Comissão Nacional de Acesso à Justiça da OAB;

Excelentíssimo Doutor Luiz Fernando Prudente do Amaral, Chefe da Assessoria Jurídica de Controle Externo do Tribunal de Contas do Município, representando o seu Presidente;

Ilustríssimo Doutor José Costa, Secretário de Justiça Adjunto do Município de Guarulhos, representando o Senhor Prefeito; Ilustríssimo Doutor Carlos José Santos da Silva, Conselheiro Federal da OAB e Presidente do Conselho Diretor do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados;

Demais autoridades presentes, Desembargadores, Juízes, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Advogados, Autoridades Civis e Militares, familiares da nossa querida empossanda, Servidores da Justiça, minhas Senhoras e meus Senhores.

É com muita alegria que o Tribunal de Justiça hoje dá posse à Desembargadora Ana Paula Patiño. E a maior alegria desse ato reside no fato de que estamos dando posse a uma mulher às vésperas do Dia Internacional da Mulher. Mas não por ser a Desembargadora Ana Paula exclusivamente uma mulher, mas sim por sua competência reconhecida por todos, pelo Tribunal de Justiça e pelo Excelentíssimo Governador do Estado de São Paulo, que a trouxe a esta Corte de Justiça.

Acesso ao Sumário

A importância das mulheres no Tribunal de Justiça de São Paulo, no Poder Judiciário Bandeirante, é extremamente representativa. Dos nossos quase 40 mil servidores, mais da metade é constituída por mulheres: são 22 mil Servidoras no nosso Tribunal, a maioria delas ocupando cargos e funções de comando. Na Magistratura, dos 2.542 Magistrados, quase mil já são mulheres. E parece

um número pequeno frente ao número de Magistrados homens. Mas é bom que se saiba que as primeiras mulheres a ingressarem na Magistratura vieram em um passado bastante recente, em 1981, quando foram aprovadas em concurso as Desembargadoras Zélia Maria Antunes Alves, Berenice Marcondes Cesar e a Doutora Iracema Mendes Garcia. Daí, historicamente, em um curto espaço de tempo, essa igualdade se fará presente também entre as Magistradas.

Quando eu falo de competência da Doutora Ana Paula Corrêa Patiño, eu digo que ela é formada em 1991, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, minha também querida Faculdade de Direito, e é Mestre e Doutora pela mesma faculdade, onde teve como orientador o professor Doutor Álvaro Vilaça Azevedo, sempre voltada para a área em que se encontra atualmente judicando, a área do Direito Privado.

É Professora de Direito Civil em diversas Instituições, tanto na Graduação, quanto na Pós-Graduação. Tem obras e artigos publicados à saciedade. Advogada militante e Membro ativo da Ordem dos Advogados do Brasil Seção de São Paulo.

Apesar da Magistrada Doutora Ana Paula ter optado, inicialmente, pela Advocacia, ela tem, como já disse o nosso Desembargador Milton Paulo, uma relação umbilical com o Poder Judiciário. É filha do nosso querido amigo José Telles Corrêa, que abrilhantou a Magistratura de 9 de janeiro de 1968 a 15 de abril de 2005, e esposa do nosso colega Patiño, como todos o conhecem, Doutor Antonio Maria Patiño Zorz, que hoje responde pelo Departamento de Inquéritos Policiais da Capital, um importante Departamento deste Tribunal de Justiça.

É momento também de reconhecermos a importância da família da Doutora Ana Paula Patiño, como ela mesma reconheceu. Eu diria, seus filhos, Luís Fernando e Vinícius, sua mãe, Dona Berenice Corrêa, e seus irmãos Sônia Paula, Maria Paula e Paulo Henrique.

A sólida carreira que a Doutora Ana Paula Patiño traz para a Magistratura, certamente, a conduzirá a um dos degraus mais altos do Poder Judiciário de São Paulo. Eu não tenho dúvidas disso.

Então, parabenizando a todos os familiares, em especial ao marido, ao pai, à mãe e aos filhos, eu faço votos que a senhora seja muito feliz em sua nova carreira.

A senhora diz que, talvez, já se sinta em casa.

Esta casa, de hoje em diante, já é sua.

Seja muito bem-vinda e seja muito feliz.

Acesso ao Sumário

LUIZ ANTONIO DE GODOY (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião da sua aposentadoria do cargo de Desembargador (Sessão realizada em 02.04.2024).

Permitam-me fazer um breve resumo da vida de um menino, filho de pais dedicados, que não mediram esforços para proporcionar aos filhos o máximo que poderia estar ao seu alcance, não se importando com o próprio sacrifício. Menino que estudou em Grupo Escolar, Ginásio e Colégio Estadual para ingressar na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, formando-se aos 22 anos de idade em 1971 (integrante, portanto, da Turma Setenta e Única). Cinco meses depois, aprovado em concurso, passou a ser Procurador Municipal na Capital e cerca de quatro meses após, também por concurso, assumia o cargo de Promotor Público Substituto na circunscrição de Ituverava. Nos anos seguintes, nas Comarcas de Paraibuna, Jacareí, Itapecerica da Serra, São Caetano do Sul e São Paulo. Promovido a Procurador de Justiça onze anos após a primeira posse, integrou o Colégio de Procuradores, o Conselho Superior do Ministério Público, foi examinador do concurso de ingresso na carreira. Na sequência, no dia 4 de abril de1994, ou seja, há quase trinta anos, pelo quinto constitucional foi nomeado Juiz do Primeiro Tribunal de Alçada Civil para vir a ser promovido em abril de 2002 a Desembargador do maior Tribunal de Justiça do mundo.

Bem mais de cinquenta anos se passaram desde o início e cá está aquele menino sonhador que foi muito mais longe d que pensava e merecia, graças à bondade de tantos amigos que nele reconheceram algumas virtudes que ele próprio não consegue identificar. Pasmem! Chegou a ser eleito Presidente da Seção de Direito Privado desta Corte.

O que resta a fazer neste momento? Somente agradecer. Em primeiro lugar a Deus, por tanta benevolência. A meus pais, exemplos de fortaleza e empenho. À minha família: Maria Cecília, meu amor maior, pela paciência diante de minhas criancices. A minhas filhas pelo carinho infinito: Luciana (médica otorrinolaringologista, doutora em Medicina do sono), Marina (escrevente, Defensora Pública, Promotora de justiça e, agora, Juíza de Direito na Capital) e Silvana (odontóloga, verdadeira mão santa em ortodontia). Agradecer a meu irmão José Roberto (como eu, Desembargador), exemplo edificante que sempre procurei seguir. Minhas cunhadas Rosemary (batalhadora do psicossocial), Ana Lúcia, Maria Teresa e Ana Cristina, meu cunhado Fernando, todos muito queridos, formando os pilares da família.

Não, não esqueci. Lembro aqui a figura ímpar de meu sogro, Desembargador Dirceu de Mello e de sua esposa Therezinha, ele homem empreendedor e de sucesso em todo a qualquer dos postos que exerceu com honestidade e proficiência, particularmente como Presidente deste mesmo Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

Evidentemente, não poderia deixar de citar meus netos Rafael, Guilherme, Gustavo, Alice e Miguel, alegres representantes do nosso futuro, sob bençãos de deus pais, meus diletos genros Rodolfo, Flavio e Celso. Meus sobrinhos, também não esqueci de vocês, tão queridos.

E neste Tribunal, tantos colegas e amigos que me apoiaram nos meus erros e acertos, peço que se sintam representados pelos integrantes da 1ª Câmara de Direito Privado Rui Cascaldi, Francisco Eduardo Loureiro, Claudio Luiz Bueno de Godoy, Alexandre Augusto Pinto Moreira Marcondes, Durval Augusto Rezende Filho e Eneas Costa Garcia, os quais tanto admiro e reverencio.

Meu especial agradecimento aos integrantes de minha assessoria durante o período em que fui Presidente da Seção de Direito Privado. Tudo foi menos penoso graças à agilidade da equipe, expondo ideias inovadoras e trazendo rápidas e eficientes soluções para os desafios surgidos ao longo do tempo.

Meu especialíssimo agradecimento às assessoras que me acompanharam até estes derradeiros momentos de judicatura, Karin, Juliana, Bruna, Camila e Zeila, atém de Nicolas que as substituía com galhardia. Vocês e outros antigos assessores, que tanto me auxiliaram, tendo alçado voos próprios, enchem-me de orgulho. E a Evandro, fiel agente, que me conduziu a esta Corte no dia de minha posse em 2002 e continua a fazê-lo até hoje, meu sincero abraço de reconhecimento e amizade.

Lembro-me, agora, de poesia que li quando tinha cerca de dezesseis anos de idade, de autoria de Alphonse de Lamartine:

"O tempo me escapa e foge;
Digo para esta noite: seja mais lento; e o amanhecer dissipará a noite.
Amemos, portanto, amemos, portanto, amemos! Da hora fugaz,
Apressemo-nos, aproveitemos!
O homem não tem porto, o tempo não tem costa;
Flui e nós passamos!"

Cheguei ao Poder Judiciário em 4 de abril de 1994. Deixarei a casa em 4 de abril de 2024. Trinta anos. Caríssimos: o tempo passou. É hora de encerrar.

NUNCIO THEOPHILO NETO (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da Posse Solene da Desembargadora Débora Vanessa Caús Brandão (Cerimônia realizada em 19.04.2024).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Fernando Antonio Torres Garcia. Em nome de Vossa Excelência, eu queria saudar todos os presentes na presente sessão e as autoridades aqui já anunciadas pelo Mestre de Cerimônias.

Senhor Presidente, quis a nímia gentileza de Vossa Excelência e da Ilustre Desembargadora Débora Vanessa Caús Brandão que fosse eu incumbido de saudá-la nessa significativa cerimônia solene de sua posse, nessa mais secular

Corte Bandeirante, que eu particularmente integro com especial orgulho há mais de 35 anos.

Sei que outros que comigo ombreiam uma das mais nobres missões do ser humano no nosso plano terreno poderiam, de forma muito mais ilustrada, se desincumbirem desta saudação. Mas tenho certeza, Senhor Presidente, de que não mais com tamanho carinho. Confesso que não conheço a Doutora Débora há tanto tempo assim. Confesso que passei a conhecer a Doutora Débora quando fui a ela apresentado por duas queridas amigas de Magistério, a Doutora Ana Cláudia Pompeo Torezan Andreucci, que hoje vejo aqui com bastante felicidade, que foi colega da Doutora Débora nos tempos de faculdade, na nossa querida Universidade Presbiteriana Mackenzie, e também fui apresentado à Doutora Débora pela Professora Marta Saad, sua jovem Professora naquela época da faculdade, que sei, despertou na Doutora Débora especial interesse na matéria de Direito de Família.

Desde o primeiro contato que tive com a Desembargadora Débora me causou especial atenção o seu brilho no olhar quando externava o desejo de ingressar pelo nobre critério do 5º Constitucional na nossa Magistratura Bandeirante e o seu invejável currículo, sem sombra de dúvida, a credenciava para tanto. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, turma de 1995; Mestrado em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em 2001; Doutorado em Direito Civil, também pela PUC, em 2004; Pós-Doutorado em Direitos Humanos e Ciências Sociais aplicadas pela Universidade de Salamanca, na Espanha, em 2018; Graduada em Pedagogia pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul, turma de 2018; Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Bolonha, Itália, em 2023. Advogada ininterruptamente de 1996 até 2024, quando do seu ingresso na nossa Magistratura Bandeirante.

A Carreira Docente da Doutora Débora é invejável, Senhor Presidente. Professora de Direito Civil da Universidade Camilo Castelo Branco, de 1999 a 2002; Professora de Direito Civil da Universidade Municipal de São Caetano do Sul desde 2002; Professora de Direito Civil da Universidade Brás Cubas, de 1999 a 2004; Professora de Direito Civil da Universidade Metodista, de 2004 a 2014; Professora convidada do Curso de Pós-Graduação lato sensu da Faculdade de Medicina da Fundação Santo André, de 2005 a 2010; Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo desde 2006; Professora convidada da Pós-Graduação lato sensu em Direito Civil da Escola Paulista de Direito desde 2007; Professora de Direito Civil da Universidade São Judas Tadeu, de 2011 a 2015; Supervisora Acadêmica da Pós-Graduação lato sensu em Direito de Família e Direito das Sucessões da Escola Brasileira de Direito desde 2018; Professora de Pós-Graduação lato sensu em Direito Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie desde 2020.

Acesso ao Sumário

Senhor Presidente, dizer mais o que das credenciais da Doutora Débora para estar ingressando na nossa Magistratura Bandeirante? Mas falta ainda enaltecer suas qualidades, de amantíssima esposa do Doutor Fernando Torres e zelosa mãe do Daniel e da Beatriz. Que orgulho deve estar neste momento sentindo a Senhora Vera Lúcia Caús Brandão de assistir à posse de sua querida filha e, de onde estiver, seu saudoso pai, o Senhor José Carlos de Macedo Brandão. Igual sentimento permeia, com certeza, o espírito de sua irmã, a Médica, Doutora Priscila Valéria Caús Brandão.

Na cerimônia solene de Posse do Conselho Superior da Magistratura realizada neste ano, Senhor Presidente, no Salão dos Passos Perdidos, eu assisti, com muita atenção, o discurso do Ministro Luís Roberto Barroso, em que ele fez alusão à maldição que se abate sobre aqueles que ousam fazer discursos longos, como aquele do Presidente americano, William Harrison, de cerca de 1 hora e 40 minutos. Um mês após, dizia o Ministro, o Presidente americano morreu e eu também não quero esse destino para mim, como aludiu o Ministro.

Então, Senhor Presidente, eu quero ir encerrando aqui, seguindo a trilha do encerramento.

Senhora Desembargadora, Débora Brandão, seja muito bem-vinda a esta Corte! E parafraseando a lição socrática sobre as virtudes éticas e dianoéticas, há quatro características que um Juiz deve possuir: escutar com cortesia, responder sabiamente, ponderar com prudência e decidir imparcialmente.

Seja muito feliz na missão que abraçastes, aja sempre conforme a lição socrática. Felicidades e muito obrigado a todos que me ouviram com paciência.

Muito obrigado, Senhor Presidente!

DIONE ALMEIDA (Diretora Secretária-Geral Adjunta da OAB-SP)

Discurso proferido por ocasião da Posse Solene da Desembargadora Débora Vanessa Caús Brandão (Cerimônia realizada em 19.04.2024).

Boa noite a todos, boa noite a todas!

Eu cumprimento a todos na pessoa do nosso Presidente.

Falar sobre a Débora é algo que parece muito fácil, mas, ao mesmo tempo, é muito difícil porque dá medo de esquecermos de todas as suas qualidades. Não por acaso, Débora, você me foi apresentada pelo nosso saudoso Antônio Ivo Aidar, e em pouco tempo, nós conseguimos compreender o porquê de uma campanha tão fervorosa e a razão de Vossa Excelência ser tão bem acolhida, ser uma unanimidade perante o nosso Egrégio Conselho.

Qualidades não lhe faltam e eu não me atreveria a falar sobre elas porque são muitas e todos que a conhecem sabem quem é a Doutora Débora Brandão. O 5º Constitucional, para nós, é um instrumento de efetividade, de harmonização

Acesso ao Sumário

desse Sistema de Justiça.

Para nós, enquanto Instituição, enquanto OAB São Paulo, é motivo de muita alegria saber que por nossas mãos Vossa Excelência está sendo conduzida a este Tribunal. E é muito gratificante saber que nós, enquanto Advogados, perdemos uma grande colega, uma grande Advogada; em contrapartida, nós, enquanto OAB, Advogados e cidadãos brasileiros, é muito bom saber que esse Sistema de Justiça passa a contar com uma grande Desembargadora, que é Vossa Excelência. Parabéns!

Eu não posso deixar, não posso esquecer de entregar para Vossa Excelência o que nós temos de grande valor, que é uma bandeira, uma bandeira comprometida com a cidadania e com a democracia desse país.

DÉBORA VANESSA CAÚS BRANDÃO (Desembargadora)

Discurso proferido por ocasião da sua Posse Solene como Desembargadora do Tribunal de Justiça (Cerimônia realizada em 19.04.2024).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, Digníssimo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em nome de quem eu cumprimento a Magistratura aqui presente;

Senhor Deputado Estadual André do Prado, Presidente da Assembleia Legislativa, em nome de quem eu cumprimento todos os Parlamentares aqui presentes;

Excelentíssimo Senhor Doutor Fábio Prieto, Secretário da Justiça e Cidadania do Estado de São Paulo, neste ato representando o nosso Governador do Estado de São Paulo, Tarcísio de Freitas, em nome de quem eu cumprimento todos os representantes do Poder Executivo aqui presentes;

Ministro Kassio Nunes Marques, Excelentíssimo Senhor Ministro do Supremo Tribunal Federal; Ministro Moura Ribeiro, Excelentíssimo Senhor Ministro do Superior Tribunal de Justiça;

Excelentíssimo Senhor Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, Eminente Corregedor-Geral da Justiça; Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo Cintra Torres de Carvalho, Presidente da Seção de Direito Público; Excelentíssimo Senhor Desembargador Heraldo de Oliveira Silva, Presidente da Seção de Direito Privado;

Excelentíssimo Senhor Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho, Presidente da Seção de Direito Criminal;

Excelentíssimo Senhor Desembargador Gilson Delgado Miranda, Diretor da Escola Paulista da Magistratura;

Excelentíssimo Senhor Desembargador José Antonio Encinas Manfré, Vice-Presidente do Tribunal Regional Eleitoral, neste ato, representando o Pre-

Acesso ao Sumário

sidente;

Doutor Gilberto Kassab, Secretário do Governo e Relações Institucionais do Estado de São Paulo, na pessoa de quem cumprimento os Senhores Secretários de Governo aqui presentes;

Excelentíssimo Doutor Fernando Pereira da Silva, Promotor de Justiça, neste ato representando o Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo;

Ilustríssima Doutora Dione Almeida, Secretária-Geral Adjunta, neste ato representando a Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional São Paulo, em nome de quem cumprimento a Advocacia.

Demais Autoridades presentes, Servidores, meus Familiares, meus Amigos:

É com o coração cheio de alegria, júbilo e felicidade que hoje adentrei as portas deste Tribunal para iniciar um capítulo inédito na história da minha vida. Certamente um dos mais esperados por mim. Um dos dias mais felizes da minha vida e da minha família.

Hoje é dia de agradecer e celebrar a concretização de meu propósito de vida profissional.

Era um sonho que havia ficado para trás. Mas como "sonhos não envelhecem", ele se tornou realidade e aqui estamos: todos nós celebrando essa conquista que é minha, mas também é nossa, porque não há possibilidade de aqui chegar sem uma construção coletiva e, cada pessoa que está aqui hoje, cada um, de um jeito ou de outro, foi importante.

O percurso até aqui teve o protagonismo compartilhado por vários atores que acreditaram que eu poderia colaborar com o Sistema de Justiça de um modo diferente, com retidão, seriedade, aplicando o melhor direito possível em favor da nossa população, a população do Estado de São Paulo. E, por isso, meu muito obrigada a todos vocês.

Senhor Presidente, tenho consciência da relevância do cargo que hoje assumo e, é neste propósito que empenho a minha palavra para defender a Constituição, observar e aplicar a lei, trabalhar com afinco e responsabilidade, a fim de colaborar com a pacificação social e na afirmação dos direitos humanos.

Não há como estar aqui hoje sem relembrar toda minha trajetória e reverenciar meus Professores, todos eles, sem exceção, porque muito me ensinaram e ainda me ensinam. Aliás, tenho a felicidade de contar com muitos deles aqui nesta tarde. Obrigada por tudo.

Mas um me faz falta sobremaneira porque foi mais do que um Professor para mim, foi um pai, academicamente falando, o Professor Renan Lotufo, que integrou esse Egrégio Tribunal de Justiça, também oriundo do Quinto Constitucional da Advocacia. Aqui estaria vibrando por esta conquista. Que eu possa honrar o legado dele nesta Casa da Justiça. Muito obrigada sempre.

Professor Nuncio Theophilo Neto, Desembargador deste Tribunal, mas

sempre Professor de todos os Mackenzistas, que honra adentrar este Salão ao seu lado! O Senhor, que desde o primeiro momento, ao lado de nossos colegas Magistrados queridos, referendou meu nome para integrar esta Corte. Só Deus para lhe retribuir tamanha generosidade.

Agradeço, também, aos meus colegas de Magistério jurídico, que partilham comigo a missão de formar as futuras gerações.

Como fui apoiada por cada um de vocês. Muito obrigada.

A gratidão se estende ao Desembargador Walter Piva, também Professor de Direito, a quem sucedo com a missão de realizar a melhor justiça possível, assim como o nobre Desembargador o fez por tantos anos.

Aos meus Alunos de ontem, de hoje e do amanhã, muito obrigada por serem o frescor diário que não permite que meu espírito envelheça. Obrigada pela compreensão necessária nos últimos meses e pela torcida. Que esse momento lhes sirva de encorajamento para nunca, nunca, desistirem dos seus sonhos. Sonhem e trabalhem, porque esse sonho pode se transformar em realidade!

Aos meus Assistentes Docentes, Dali, Mari, Leo e Malu, o agradecimento é infinito. Vocês foram gigantes durante a jornada do Quinto!

Objetivamente, essa conquista teve início ao lado da Advocacia, de onde venho. A essa profissão digna, honrada, essencial à Administração da Justiça, toda a minha gratidão e respeito. Depois de, praticamente, 29 anos de carreira, muitos deles ao lado do meu ex-sócio, o Doutor Ronaldo Mendes Fernandes, a quem agradeço a parceria e o convívio, despeço-me da beca.

É momento de agradecer ao Conselho Seccional aqui presente pelo apoio incondicional, desde o início, a minha candidatura ao Quinto Constitucional. E, cumprimento o Conselho na memória do Conselheiro Doutor Ivo Aidar, que partiu precocemente, mas vive em todos nós e estaria vibrando, emocionado, se aqui estivesse.

No Conselho, fiz amigos e amigas que lutaram bravamente para vivermos esse momento. Levo a Advocacia Bandeirante comigo, no peito, porque sei de onde vim, conheço suas agruras e suas alegrias. Essa é a minha origem e, aqui no Tribunal, como egressa da classe da Advocacia, como fruto da confiança que depositaram em mim, prometo à Diretoria, ao Conselho Seccional e à Advocacia paulista que honrarei a toga como honrei a beca. Meu gabinete sempre estará com as portas abertas para a Advocacia.

Acesso ao Sumário

Agradeço aos Eminentes Membros do Órgão Especial deste Tribunal que, por mais de uma vez, confiaram em mim e me permitiram integrar a lista tríplice. Aos amigos da Magistratura, desde a primeira instância até os Tribunais Superiores, que estiveram ao meu lado e como lutaram por mim, meu muito obrigada. Imagino que hoje, cada um, trouxe à sua memória o dia de sua posse com carinho e felicidade.

Ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, muito obrigada. Aos

Secretários aqui presentes, bem como aos membros dos Poderes Executivo e Legislativo que me apoiaram até a tão esperada nomeação, meus efusivos agradecimentos.

Diariamente, pela janela do gabinete, vejo as pessoas subindo e descendo a Rua Conde de Sarzedas, e peço a Deus que me capacite a tomar as melhores decisões, porque o povo precisa, acredita e deposita sua esperança de realização de Justiça no Poder Judiciário. Meu compromisso é lutar por uma Justiça justa ao lado de meus colegas Magistrados, que me acolheram com tanta gentileza e generosidade. E nesse sentido, agradeço aos meus colegas que integram a 6ª Câmara de Direito Privado e os cumprimento na pessoa de nosso Presidente. Estejam certos de que não medirei esforços para cumprir, com dedicação, as funções do cargo.

Agradeço aos colaboradores que integram o gabinete, Flávia, Flávio, Sueli, Arthur, Leonardo, Maria Luiza, Flávio Goldberg e Ana Luísa, por terem aceitado o convite de juntos iniciarmos um gabinete para servir ao Tribunal de Justiça, à Advocacia e, sobretudo, à população paulista. Minha oração é que possamos construir uma história linda e abençoada.

Também agradeço a presença maciça de meus colegas de faculdade, da turma de 1995, da Universidade Mackenzie, cujos patronos e paraninfos foram a Doutora Martha Saad, aqui presente, o Desembargador José Horácio Cintra Pereira e o Desembargador Camargo Aranha, nosso Aranhão. E alguns de nossos Professores estão aqui no Tribunal: Professor Mac Cracken, Professor Walter da Silva, Professor Camargo Aranha Filho. Que tempo bom!!! A alegria dos tempos de Mackenzie, das nossas cantorias, às sextas-feiras, sob a brisa quente do verão de 1991, no banco da praça, invade-me novamente. Quando eu entrei, pela primeira vez no meu gabinete, a minha vontade era pular e agradecer a Deus, simultaneamente, mas me contive. Confesso que depois pulei. O mesmo sentimento leve e alegre daquela menina de 17 anos, tomou conta de mim. Muito obrigada pela amizade, carinho, apoio e torcida a cada etapa vencida.

Aos meus Amigos, que vieram de perto, mas também vieram de longe, para acompanhar esse momento ímpar da minha vida: amigos de uma vida inteira e amigos que chegaram mais recentemente; amigos que são tão chegados como irmãos; que cuidaram de mim, estenderam a mão e lutaram ao meu lado para que aqui estivéssemos todos; cada um que aqui está sentado sabe sua parcela de contribuição e faz parte. Meu muito obrigada e me desculpem pela trabalheira que dei a vocês.

Aos meus Familiares aqui presentes e aos do outro lado do Atlântico, meu muito obrigada por pertencer a uma família tão especial, tão funcional, tão amorosa. Nunca sobrou dinheiro, mas sempre transbordou amor e eu sou fruto desse amor coletivo.

Priscila, minha irmã, meus tios, minhas primas, meus primos, meus

Acesso ao Sumário

cunhados, meu sobrinho, meus sogros, muito obrigada por tudo e, sobretudo, por serem a minha rede de apoio a todo o tempo. Jamais chegaria até aqui sem a presença constante de vocês.

Ao Fernando, meu marido, meu amor, que me ama de uma forma singular, que me faz sorrir, minha gratidão eterna pela família que estamos construindo, sim, porque a construção é diária e eterna; pelo companheirismo e apoio nas alegrias e nas tristezas; mas neste momento, eu quero te honrar porque eu sempre recebi seu apoio incondicional, nunca medindo esforços para que eu fosse adiante; um homem à frente de seu tempo porque, em um mundo em que as mulheres ainda são desencorajadas por seus maridos, você sempre foi rampa de lançamento para que eu pudesse alçar voos maiores. Viabilizou e vibrou a cada conquista. Se eu pude estudar fora, sendo mãe de duas crianças, é porque tive você e nossa família me apoiando sem qualquer questionamento. Você, Fernando, é lugar seguro onde meu coração faz morada e descansa em paz. Te amo.

Daniel, meu filho, Beatriz, minha filha, amores da minha vida, vocês são a minha alegria. Quando eu olho para vocês, eu tenho a certeza de que Deus me ama. Que esse momento se eternize na vida de vocês como exemplo de que Deus é fiel para fazer infinitamente mais daquilo que pensamos ou desejamos. Que vocês estudem, trabalhem, andem em retidão diante de Deus e dos homens, lutem e que possam encontrar um trabalho, uma profissão digna que lhes traga realização pessoal e que vocês sejam bênçãos na vida das pessoas, assim como vocês são na minha vida e na vida de nossa família.

À memória de meu pai, que estaria exultante sentado na primeira fileira. Hoje, ele exulta em minha memória e na primeira fila do meu coração. Posso assegurar, sem medo de errar, que hoje seria o dia mais feliz da vida dele. E, aqui, empenho a minha palavra que viverei, todos os dias, para honrar seu legado.

Minha mãe é um capítulo à parte, acho que toda mãe o é. Mãe, meu primeiro amor, minha Amiga, minha primeira Professora, minha incansável ajudadora. Mulher corajosa, firme e cheia de virtudes. Que bom que você está aqui para testemunhar esse momento; esse sonho presenteado por Deus para nós. Eu reconheço sua vida de renúncia por nós, te agradeço por isso, te honro e te amo.

Por fim, e o mais importante, eu agradeço a Deus, que ressuscita e realiza sonhos sonhados por uma menina já na sua maturidade e que faz o impossível diante do deserto. Diante disso, eu só posso pedir que nunca perca a conexão com a sociedade, que é a destinatária do meu trabalho, que não me falte retidão, discernimento, sabedoria e saúde para cumprir a missão que hoje assumo, que eu seja sensível às dores do povo, especialmente dos mais vulneráveis, e que Deus me guie pelas veredas da Justiça.

Muito obrigada.

Acesso ao Sumário

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento proferido por ocasião da Posse Solene da Desembargadora Débora Vanessa Caús Brandão (Cerimônia realizada em 19.04.2024).

Muito boa noite a todos e a todas!

É com muita alegria, com imensa alegria que o Tribunal se reúne nesta tarde, início de noite, para receber mais uma Magistrada que nos é trazida pelo salutar 5º Constitucional, desta feita, da Ordem dos Advogados do Brasil.

Eu vou fazer a leitura da nominata. Felizmente, a leitura da nominata não se encaixa na profecia feita pelo Presidente dos Estados Unidos, de maneira que não corro risco algum e é uma honra a leitura da nominata, mercê da presença de tão importantes Autoridades nesta cerimônia solene de posse.

Inicio saudando o Excelentíssimo Senhor Deputado André do Prado, Chefe do Poder Legislativo do Estado de São Paulo;

O Doutor Fábio Prieto, Secretário de Estado da Justiça e Cidadania, neste ato representando o Excelentíssimo Governador do Estado de São Paulo, Tarcísio de Freitas;

O Excelentíssimo Senhor Ministro Kassio Nunes Marques, do Supremo Tribunal Federal;

O Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro, que está Ministro do Superior Tribunal de Justiça, porém, é um eterno Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo;

O Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo;

Desembargador Nuncio Theophilo Neto, Orador em nome do Tribunal de Justiça e a quem, desde já, cumprimento pela beleza e clareza de sua fala;

Excelentíssimo Desembargador Ricardo Cintra Torres de Carvalho, Presidente da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça;

Desembargador Heraldo de Oliveira Silva, Presidente da Seção de Direito Privado deste Tribunal de Justiça; Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho, Presidente da Seção de Direito Criminal;

Deputados Federais Carla Zambelli, Cezinha de Madureira, Delegado Paulo Bilynskyj e Deputado Roberto Monteiro, sejam todos muito bem-vindos!

Excelentíssimo Senhor Desembargador Paulo Dimas Debellis Mascaretti, Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo no biênio 2016/2017;

Excelentíssimo Doutor Fernando José da Costa, Secretário Municipal de Justiça, neste ato representando o Prefeito de São Paulo;

Excelentíssimo Desembargador José Antonio Encinas Manfré, Vice-Presidente e Corregedor Regional Eleitoral do nosso Tribunal Regional Eleitoral,

Acesso ao Sumário

neste ato representando o seu Presidente;

Desembargador Federal Luiz Antônio Johonsom Di Salvo, Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, representando o seu Presidente, Desembargador Federal Carlos Muta;

Excelentíssimo Desembargador Militar Paulo Adib Casseb, Diretor da Escola Judiciária Militar, representando o Presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, o Desembargador Militar Enio Rossetto;

Excelentíssimo Doutor Fernando Pereira da Silva, Promotor de Justiça e Segundo Secretário da Associação Paulista do Ministério Público, neste ato representando o Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo e o Presidente da APMP;

Excelentíssimo Doutor Ricardo Lobo da Luz, Coordenador do Núcleo de Segunda Instância da Defensoria, representando o Defensor Público-Geral;

Excelentíssimo Doutor Danilo Barth Pires, Subprocurador-Geral do Estado do Contencioso Tributário Fiscal, representando a Procuradora Geral do Estado de São Paulo;

Doutor Gilberto Kassab, Excelentíssimo Secretário de Estado de Governo e Relações Institucionais do Estado de São Paulo;

Coronel Marcello Streifinger, Excelentíssimo Secretário de Estado da Administração Penitenciária; Excelentíssima Doutora Valéria Bolsonaro, Secretária de Estado de Políticas para a Mulher; Excelentíssimos Deputados Estaduais Bruno Zambelli, Carla Morando e Tiago Auricchio;

Excelentíssimo Desembargador Walter Barone, Vice-Presidente da União Internacional de Magistrados e Primeiro Vice- Presidente da Apamagis, representando o seu Presidente;

Excelentíssimos Desembargadores Ouvidores do Tribunal de Justiça de São Paulo, Doutores Afonso de Barros Faro Júnior e Doutora Rosangela Maria Telles;

Excelentíssima Juíza de Direito Vanessa Ribeiro Mateus, Coordenadora da Justiça Estadual da Associação dos Magistrados Brasileiros, representando o seu Presidente;

Acesso ao Sumário

Excelentíssima Doutora Dione Almeida, Diretora Secretária-Geral Adjunta da Ordem dos Advogados do Brasil, representando a sua Presidente e que hoje nos brindou com a fala em nome da Advocacia Paulista;

Excelentíssima Doutora Renata Castello Branco Mariz de Oliveira, Vice-Presidente da Associação dos Advogados de São Paulo, representando o seu Presidente;

Excelentíssimo Professor Doutor Renato de Mello Jorge Silveira, Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo;

Doutor Adib Kassouf Sad, Vice-Presidente da CAASP [Caixa de Assistência dos Advogados de São Paulo]; Doutor Flávio Tartucci, Diretor da Escola

Superior da Advocacia;

Doutor Tiago Antonio Salvador, Delegado-Chefe da Assessoria Policial Civil deste Tribunal de Justiça, representando o Delegado-Geral de Polícia;

Coronel PM Miguel Elias Daffara, Chefe da Assessoria Policial Militar do Tribunal de Justiça de São Paulo; Doutor Fernando Sartori, Diretor do Colégio Notarial do Brasil Seção São Paulo, representando o Presidente;

Doutora Giovanna Truffi Rinaldi, Diretora da Arpen São Paulo [Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado de São Paulo], representando o Presidente;

Doutor Conrado Paulino da Rosa, Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família do Rio Grande do Sul;

Senhoras e Senhores Desembargadores, Juízes, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Prefeitos, Vereadores, Presidentes Seccionais da OAB, Advogados, Autoridades Civis e Militares, Familiares, Servidores da Justiça, Senhoras e Senhores:

Como disse no início, hoje o Tribunal se reúne em festa com muita honra, com muito orgulho, para receber, após quase 30 anos de exercício da Advocacia, a Eminente Desembargadora Débora Vanessa Caús Brandão.

É uma honra para o Tribunal quando recebe alguém, vindo das carreiras da Advocacia ou do Ministério Público. Esse Tribunal, quando isso se dá, se engrandece com a experiência trazida por esses profissionais, e a Doutora Débora vem com uma bagagem muito grande, como já salientado pelo Desembargador Nuncio, mas que faço questão de ressaltar.

Ela nos traz uma sólida Carreira Acadêmica, com titulação extremamente valiosa, Graduada em 1995 na Universidade Presbiteriana Mackenzie, fez Mestrado e Doutorado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, relembrando sempre, tendo por Orientador o Professor e saudoso Desembargador Renan Lotufo, nos anos de 2001 e 2004, respectivamente. Depois fez Pós-Doutorado nas Universidades de Salamanca e Bolonha, em 2018 e 2023. Exerceu com muita proficiência a Advocacia, se especializando na Área de Direito de Família e Sucessões, área esta que nos brindou com inúmeras obras, livros e artigos.

Antes de ser uma profissional de extrema valia para o mundo jurídico, a Desembargadora Débora é também, eu já pude perceber, uma mulher muito ligada à família, e é por isso que neste momento eu faço uma saudação especial aos seus familiares: ao meu xará, Fernando Torres, seu esposo; aos filhos Daniel e Beatriz. Dona Vera Lúcia Caús Brandão, que tive o prazer de conhecer no meu gabinete, e o Senhor José Carlos de Macedo Brandão, esteja onde estiver, no plano que estiver, tenho certeza de que está presente hoje; e também a sua irmã, Priscila Valéria Caús Brandão.

A única coisa que eu desejo à Vossa Excelência, Desembargadora Débora, é que seja muito feliz junto aos seus novos colegas, aos seus 360 Colegas

Acesso ao Sumário

de 2º Grau, aos mais de 2.500 Magistrados de 1º Grau, enfim, a toda a Família Tribunal de Justiça de São Paulo.

Seja feliz e parabéns pela sua vinda ao Tribunal de Justiça. Declaro encerrada essa presente sessão solene.

Muito obrigado a todos.

Acesso ao Sumário