REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 64 – ANO 11

JULHO E AGOSTO DE 2024

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

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Presidente

Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

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

SUMÁRIO

Clique nas chamadas para ser remetido diretamente ao texto

1- Jurisprudência Cível:

Seção de Direito Privado:

a) Agravos de Instrumento 21

b) Apelações 32

Seção de Direito Público

a) Ações Rescisórias 359

b) Agravos de Instrumento 381

c) Apelações 391

d) Apelações/Remessas Necessárias 493

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 519

b) Apelações 530

c) *Habeas Corpus* 632

d) Mandados de Segurança 639

e) Recursos em Sentido Estrito 645

f) Revisões Criminais 668

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 672

b) Agravos de Instrumento 718

c) Agravos Internos 722

d) Agravos Regimentais 724

e) Conflitos de Competência 729

f) Crimes de Calúnia, Injúria e Difamação 754

g) Embargos de Declaração 761

h) *Habeas Corpus* 765

i) Mandados de Segurança 781

j) Representações Criminais 805

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos de Instrumento 810

b) Apelações 817

c) Apelações/Remessas Necessárias 846

d) Conflitos de Competência 850

e) Conflitos de Jurisdição 858

f) *Habeas Corpus* 861

5- Câmara Especial de Presidentes 872

6- Conselho Superior da Magistratura 902

7- Noticiário 917

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. 64, jul./ago. 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

LUCIANA Almeida Prado BRESCIANI
Luís FERNANDO NISHI
José JARBAS de Aguiar GOMES
MÁRCIA Regina DALLA DÉA BARONE
SILVIA ROCHA
Waldir Sebastião de NUEVO CAMPOS Júnior
CARLOS Fonseca MONNERAT
Artur César BERETTA DA SILVEIRA
FRANCISCO Eduardo LOUREIRO
RENATO RANGEL DESINANO
AFONSO de Barros FARO JÚNIOR
JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES

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 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 ENÉAS COSTA GARCIA
Desembargador DURVAL AUGUSTO REZENDE FILHO**
Desembargadora MONICA RODRIGUES DIAS DE CARVALHO**

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 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**

3º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA E QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA DISPONÍVEL)

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 RAMON MATEO JÚNIOR
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 BENEDITO ANTONIO OKUNO**
Desembargadora MONICA RODRIGUES DIAS DE CARVALHO**

5º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 622)

9ª Câmara de Direito Privado (sala 622 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador GALDINO TOLEDO JÚNIOR
Desembargador ALEXANDRE Alves LAZZARINI
Desembargador EDSON LUIZ DE QUEIRÓZ***
Desembargador CÉSAR SANTOS PEIXOTO
Desembargadora DANIELA Maria CILENTO MORSELLO
Desembargador WILSON LISBOA RIBEIRO**
Desembargadora JANE FRANCO MARTINS**
Desembargador LUIS FERNANDO CIRILLO**

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

Desembargador ELCIO TRUJILLO
Desembargador Luiz Antonio COELHO MENDES
Desembargador JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO
Desembargadora ANGELA MORENO PACHECO DE REZENDE LOPES***
Desembargador JAIR DE SOUZA

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

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

Desembargador WALTER Pinto da FONSECA Filho
Desembargador RENATO RANGEL DESINANO
Desembargador MARCO FÁBIO MORSELLO***
Desembargadora CRISTINA DI GIAIMO CABOCLO
Desembargador JOSÉ MARCELO TOSSI SILVA
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**
Desemvargador CELSO ALVES DE REZENDE**

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**
Desembargador SIDNEY DA SILVA BRAGA**

14ª Câmara de Direito Privado (salas 612/616 — 4ª feira — 9:30h — presencial e 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 ELÓI ESTEVÃO TROLY
Desembargador RODOLFO PELLIZARI

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 MARCO Aurélio PELEGRINI de Oliveira
Desembargador MARCELO IELO AMARO**
Desembargador CELSO ALVES DE REZENDE**

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
Desembargador ALEXANDRE DAVID MALFATTI**

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 MARCIO TEIXEIRA LARANJO**
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***
Desembargadora LIDIA REGINA RODRIGUES MONTEIRO CABRINI**

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 PAULO ALCIDES Amaral Salles***
Desembargador MIGUEL PETRONI NETO
Desembargador DÉCIO Luiz José RODRIGUES
Desembargador FÁBIO Henrique PODESTÁ

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 RÉGIS RODRIGUES BONVICINO
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 622)

25ª Câmara de Direito Privado (sala 609 — 5ª feira — 9:30 horas (telepresencial) ou 13:30 (presencial) — PJ)

Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
Desembargador Antonio de ALMEIDA SAMPAIO
Desembargador HUGO CREPALDI NETO***
Desembargador JOÃO ANTUNES DOS SANTOS NETO
Desembargadora ANA LUIZA VILLA NOVA
Desembargador RODOLFO CESAR MILANO**
Desembargador JOÃO ROBERTO CASALI DA SILVA**

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**
Desembargador JOÃO ROBERTO CASALI DA SILVA**

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)

Desembargador NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA
Desembargadora DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT
Desembargador LUÍS ROBERTO REUTER TORRO
Desembargador ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO***
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***
Desembargador MICHEL CHAKUR FARAH**

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

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

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

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

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

16º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 510)

31ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 3ª feira — 09:30 horas — PJ)

Desembargador 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***
Desembargador GILBERTO Pinto DOS SANTOS
Desembargadora MARY GRÜN
Desembargador CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA
Desembargador MAURÍCIO PESSOA
Desembargadora CLAUDIA DE LIMA MENGE**
Desembargador JOSÉ AUGUSTO GENOFRE MARTINS**
Desembargador VALENTINO APARECIDO DE ANDRADE**

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
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
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***
Desembargador JOÃO BAPTISTA GALHARDO JÚNIOR**

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**
Desembargadora ANNA PAULA DIAS DA COSTA**

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 LAVÍNIO DONIZETTI PASCHOALÃO
Desembargadora SILVANA MALANDRINO MOLLO
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 CARLOS ALBERTO DE SALLES
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
Desembargador JORGE TOSTA**

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

1º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 501)

1ª Câmara de Direito Público (sala 609 — 3ª feira — 09:30 horas — PJ)

Desembargador 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***
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 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 RAUL José DE FELICE***
Dsembargador EURÍPEDES Gomes FAIM Filho
Desembargador MARCOS SOARES MACHADO**

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
Dsembargador MARCOS FLEURY SILVEIRA DE ALVARENGA**
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 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**
Desembargador JAYME WALMER DE FREITAS**

2ª Câmara de Direito Criminal (sala 217/219 — 2ª feira — 10:00 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 AIRTON VIEIRA
Desembargadora MARCIA Lourenço MONASSI
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 227/229 — 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 Cassiano Ricardo ZORZI ROCHA
Desembargador Júlio Caio FARTO SALLES***
Desembargador EDUARDO Crescenti ABDALLA
Desembargador GILBERTO Ferreira da CRUZ
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**

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
Desembargadora ANA LUCIA FERNANDES QUEIROGA**

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
Desembargadora JUCIMARA ESTHER DE LIMA BUENO**
Desembargador ULYSSES DE OLIVEIRA GONÇALVES JUNIOR**

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 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 MARCO Antonio DE LORENZI
Desembargador AMARO José THOMÉ Filho
Desembargadora Maria de FÁTIMA dos Santos GOMES
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 RICARDO SALE JÚNIOR***
Desembargadora GILDA Cerqueira ALVES BARBOSA Amaral DIODATTI
Desembargador CLAUDIO LIMA BUENO DE CAMARGO
Desembargador CHRISTIANO JORGE Santos
Desembargadora ELY AMIOKA
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)

Diniz Fernando Ferreira da Cruz
João Batista de Mello Paula Lima
Alfredo Attié Júnior
Julio Cesar Spoladore Dominguez
Marcos Antonio Corrêa da Silva
Marcos Pimentel Tamassia
Durval Augusto Rezende Filho
Alexandre Coelho
José Rubens Queiroz Gomes
Daniela Ida Menegatti Milano
Fernão Borba Franco
Hertha Helena Rollemberg Padilha de Oliveira
Sulaiman Miguel Neto
Paola Christina Calabró Lorena de Oliveira
José Eduardo Marcondes Machado
Jayme Martins de Oliveira Neto
Marcus Vinícius Rios Gonçalves
Maria do Carmo Honorio
Benedito Antonio Okuno
Heitor Donizete de Oliveira
Rogério Marrone de Castro Sampaio
Edison Tetsuzo Namba
José Vitor Teixeira de Freitas
Marcos Alexandre Coelho Zilli
Klaus Marouelli Arroyo
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
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
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
Marcos Fleury Silveira de Alvarenga
Ana Lucia Fernandes Queiroga
Marcos Soares Machado
Mônica Rodrigues Dias de Carvalho
Luis Fernando Cirillo
João Roberto Casali da Silva
Lidia Regina Rodrigues Monteiro Cabrini
Celso Alves de Rezende
Léa Maria Barreiros Duarte
Marcia Tessitore
Olavo Sá Pereira da Silva
Paulo Guilherme Amaral Toledo
Pedro Paulo Ferronato
Marcos de Lima Porta
Rosana Moreno Santiso
Rui Porto Dias
Marco Antonio Barbosa de Freitas
Ricardo Pereira Junior
Guilherme Santini Teodoro
Inah de Lemos e Silva Machado
José Paulo Camargo Magano
Regina Aparecida Caro Gonçalves
Paulo Sérgio Mangerona
Mara Regina D'Agnessa Trippo Kimura
Gilberto Luiz Carvalho Fransceschini
João Battaus Neto

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2168729-18.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante NOTRE DAME INTERMÉDICA SAÚDE S/A, são agravados B.R.P.S. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e DEYSIANE MARIA DOS SANTOS (REPRESENTANDO MENOR(ES)).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.398)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANGELA MORENO PACHECO DE REZENDE LOPES (Presidente), JAIR DE SOUZA e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 28 de junho de 2024.

ANGELA MORENO PACHECO DE REZENDE LOPES, Relatora

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA - Decisão que rejeitou a impugnação apresentada - Operadora de plano de saúde que insiste ter cumprido a liminar - Descabimento - Sentença executada que determinou o fornecimento de tratamento de autismo em clínicas credenciadas próximas à residência do agravado e, no caso de negativa, o custeio integral do tratamento em clínica particular - Agravante que não indicou clínicas que sejam próximas à residência do agravado - Descumprimento demonstrado nos autos - Decisão mantida - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto contra r. decisão que, em ação de obrigação de fazer em fase de cumprimento de sentença, rejeitou a impugnação apresentada, considerando que houve descumprimento da obrigação.

Acesso ao Sumário

Sustenta a agravante, em síntese, que a decisão é arbitrária e desprovida de respaldo jurídico, não tendo sido consideradas as alegações e provas apresentadas nos autos. Nega que tenha descumprido a liminar, pois indicou clínicas credenciadas para a realização de tratamento do agravado. Afirma que comprovou às fls. 46/54 dos autos de origem o cumprimento da liminar em dezembro/2023, com a emissão de guia autorizadora (conforme fls. 147/148 dos autos principais). Insiste que não houve negativa de atendimento, pois o tratamento médico deve ser realizado em rede credenciada, inexistindo razões para que o agravado possa se tratar em clínica particular, pugnando pelo reembolso de despesas médicas (inexistindo cláusula contratual nesse sentido). Reclama que o agravado sequer comprovou ter solicitado, administrativamente, pela realização do tratamento na rede credenciada. Argumenta que o tratamento tampouco é de urgência ou emergência, não restando justificada a pretensão do agravado, pelo que não concorda com o reembolso parcial ou integral. Postula a concessão de efeito suspensivo e o provimento do recurso, para que seja reconhecido o cumprimento da liminar, bem como a ilegalidade na determinação de custeio de tratamento em clínica particular.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido às fls. 78/79.

Contraminuta às fls. 82/87.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 93/100, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Vê-se que, nos autos principais, a liminar foi concedida, para determinar o fornecimento do tratamento de autismo em local com maior proximidade geográfica de residência do autor (fls. 82/83 e 84/85).

Às fls. 147/148 dos autos principais, a ora agravante indicou clínica para tratamento (situada na Avenida General Ataliba Leonel nº 93). Todavia, não obstante referida indicação, foi prolatada a r. sentença ora executada, que já considerou que houve negativa de atendimento por parte da operadora de plano de saúde, nos seguintes termos:

"*Na espécie, a despeito da requerida afirmar que deferiu o tratamento em suas clínicas credenciadas, o que se observa, no caso concreto, é o* ***entrave, de maneira oblíqua ao tratamento médico do autor.*** *Isso porque, a despeito do informe administrativo de autorização das sessões prescritas constituintes do tratamento ABA,* ***todas as clínicas disponibilizadas se encontram consideravelmente distantes do autor*** *e, conforme informado em réplica e em manifestações subsequentes,* ***sequer possuem horários disponíveis para atendimento, o que, frise-se, não foi impugnado pela ré***" (fls. 255/261 dos autos principais).

E, em Acórdão proferido por esta Col. Câmara no julgamento do recurso de apelação, restou confirmada a obrigação da operadora de plano de saúde de

Acesso ao Sumário

fornecer o tratamento em clínica credenciada próxima à residência do agravado, sendo que, no caso de negativa, deve custear o tratamento em clínica particular (de modo integral), nos seguintes termos:

"*PLANO DE SAÚDE - OBRIGAÇÃO DE FAZER - NEGATIVA DE CUSTEIO - Autor portador de Transtorno de Espectro Autista - R. sentença que julgou procedente o pedido inicial, para condenar a ré a dar cobertura às terapias prescritas por método ABA, bem como em dano moral fixando em R$ 5.000,00 - Recurso das partes - Ré que requer a improcedência do pedido inicial - Autor que, por outro lado, pleiteia a majoração do quantum indenizatório - Operadora de saúde que autorizou administrativamente os tratamentos indicados ao autor, mas em clínicas localizadas distantes de sua residência -* ***Necessidade de que as terapias sejam realizadas em clínica próxima à residência do autor, considerando a dificuldade de relacionamento social e fragilidade psicológica do paciente autista - Ré que não comprovou a existência de clínica e profissional credenciados próximo ao domicílio do autor - Dever de custeio integral em clínica não integrante da rede credenciada*** *- Plano de saúde que, ao oferecer cobertura em clínicas sabidamente localizadas distantes da residência da criança, negou indiretamente o tratamento - Danos morais caracterizados - Situação na qual o menor se encontrava especialmente fragilizado, acometido de autismo, doença grave que necessita de terapias múltiplas o mais precoce possível - Frustração da legítima expectativa de o menor autor, de tenra idade, em se ver protegido pelo plano de saúde contratado e de ser atendida com a diligência e presteza necessárias - Indenização majorada para R$ 10.000,00 - Valor razoável que atende o caráter punitivo e pedagógico, sem gerar enriquecimento ilícito ao consumidor - Sentença parcialmente reformada para majorar o quantum indenizatório - RECURSO DESPROVIDO DA RÉ e RECURSO PROVIDO DO AUTOR.*" (fls. 359/370 dos autos principais, g. n.).

Não prospera, assim, a alegação de que teria cumprido a liminar, conforme petição de fls. 147/148 dos autos principais o que, repita-se, já foi rejeitado na própria fase de conhecimento.

Acresça-se que, embora às fls. 80/82 do cumprimento de sentença de origem tenha indicado outras clínicas, às fls. 92/96, o agravado demonstrou que elas ficam há mais de uma hora de sua residência, o que inviabiliza o tratamento e comprova, mais uma vez, que a agravante continua a descumprir a ordem judicial, não fornecendo o tratamento em clínica da rede credenciada que seja próxima ao agravado.

Irretocável, portanto, a r. decisão agravada.

Do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2081654-38.2024.8.26.0000, da Comarca de Conchas, em que é agravante STAR FACTORING FOMENTO E SERVIÇOS LTDA., é agravado ESPAÇO ITAIPU LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18565)**

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

São Paulo, 12 de julho de 2024.

ELÓI ESTEVÃO TROLY, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. Decisão que indicou a necessidade de instauração de incidente de desconsideração de personalidade jurídica. Descabimento.

1. Sucessão processual de executada pessoa jurídica com base no artigo 110 do CPC por equivalência à morte da pessoa natural pressupõe prova de liquidação regular e voluntária, o que não ocorre no caso dos autos.

2. Ausência patrimonial, dissolução irregular ou ainda ficha cadastral com indicação de inapta não são suficientes para a inclusão de sócio da empresa devedora no polo passivo da execução a título de sucessão processual. Súmula 435 do STJ, demais, que não é aplicável ao caso, por restrita às execuções fiscais. Decisão mantida. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela exequente contra decisão interlocutória, -- proferida em execução de título extrajudicial, -- que indicou a necessidade de interposição de incidente de desconsideração da personalidade jurídica (fl. 236 da ação); os embargos de declaração foram rejeitados (fl. 249 da ação). Sustenta, em resumo: a executada foi citada na pessoa do sócio e não efetuou o pagamento; as buscas por bens foram infrutíferas; é nítido o encerramento irregular da empresa, o que motivou o pedido de sucessão proces-

sual e inclusão do sócio no polo passivo do feito; a empresa não existe mais, o que permite a aplicação analógica do artigo 110 do Código de Processo Civil; o incidente de desconsideração da personalidade jurídica se refere aos casos de abuso da personalidade jurídica, enquanto a sucessão é causa específica, em que a "morte" da empresa se deu com o encerramento das atividades e deixou de ter personalidade para responder em juízo; não houve liquidação do passivo da empresa, hipótese que estende aos sócios a responsabilidade pelas obrigações da empresa, ilimitadamente; o entendimento jurisprudencial a respeito; a desnecessidade de instauração do incidente. Com base nisso, pleiteou a reforma da decisão agravada para inclusão do sócio no polo passivo da execução.

Dispensou-se a intimação para contraminuta (fl. 13).

Recurso tempestivo, regularmente processado e preparado.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Na execução originária, a exequente, ora agravante, requereu a inclusão do sócio da pessoa jurídica executada no polo passivo, com base na sucessão processual do artigo 110 do CPC, aplicado por analogia (fls. 228/232).

Segundo o entendimento da agravante, ocorreu a dissolução irregular da executada, o que atrai a incidência do artigo 1.080 do CC, no sentido que o sócio responde ilimitadamente pelas deliberações infringentes da lei ou do contrato social.

Sobreveio a decisão agravada, indeferindo o pedido, estabelecendo a necessidade de instauração do incidente de desconsideração de personalidade jurídica para possibilitar a inclusão do sócio em caso de procedência (fl. 236).

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 239/243 e 249).

A sucessão processual de sócios de pessoa jurídica devedora em procedimentos de natureza executiva com base na aplicação do artigo 110 do CPC pressupõe que se comprove esteja extinta de maneira regular e voluntária, bem como o crédito excutido seja anterior à dissolução.

Nesse sentido é o entendimento desta Câmara, confiram-se:

SUCESSÃO PROCESSUAL - Havendo dissolução voluntária, com o encerramento, extinta está a personalidade jurídica, o que implica na sucessão processual pelos sócios, a teor do disposto no artigo 110, do Código de Processo Civil - Procedimento em apartado que possibilitou amplo exercício do contraditório e direito de defesa - Fato jurídico que embasa o pedido, debatido e examinado que é exatamente a sucessão processual operada diante da baixa e extinção da pessoa jurídica sem pagamento da dívida, que passa a ser de responsabilidade dos sócios - Decisão mantida - Agravo de instrumento desprovido. **(TJSP; Agravo de Instrumento 2115386-10.2024.8.26.0000; Relator (a): Mendes Pereira; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro Central**

Acesso ao Sumário

Cível - 28ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/06/2024; Data de Registro: 04/06/2024)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Execução - R. decisão agravada que revogou o deferimento da sucessão processual, excluindo os sócios da empresa devedora do polo passivo - Recurso da exequente - Alegação de dissolução irregular da empresa executada - Pedido de sucessão processual com base no art. 110 do CPC e 1.080 do CC - Impossibilidade - Elementos trazidos aos autos que não permitem afirmar a ocorrência de dissolução irregular da empresa ou mesmo a extinção da personalidade jurídica, pressuposto da pretendida sucessão processual - O fato de a empresa executada ter sido declarada inapta não implica, por si só, na possiblidade de aplicar o instituto da sucessão processual, porquanto não há prova da extinção formal ou irregular da sociedade devedora - Incidente de desconsideração da personalidade jurídica, na hipótese, é o meio cabível para a substituição do polo passivo da demanda pelos sócios da empresa agravada - Precedentes desta E. Corte e desta E. Câmara - Decisão mantida - Recurso não provido. **(TJSP; Agravo de Instrumento 2236299-55.2023.8.26.0000; Relator (a): Achile Alesina; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VII - Itaquera - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/09/2023; Data de Registro: 13/09/2023)**

No caso dos autos, não se demonstrou a dissolução regular com a apresentação do distrato, arquivado no registro público de empresas mercantis ou mesmo no registro civil de pessoas jurídicas, além do que a ficha no CNPJ consta a executada como ativa (fl. 233).

Por outro lado, a tese da agravante está lastreada, além das diligências infrutíferas de buscas de bens, no AR negativo no endereço informado no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (fl. 35), o que é insuficiente para o fim pretendido, como exposto acima.

Por fim, o entendimento cristalizado na súmula 435 do STJ (*Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente*) não é aplicável ao caso, restrito que é à execução fiscal. Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Incidente de desconsideração de personalidade jurídica. Decisão agravada que indeferiu referido pedido apresentado pela exequente. Inconformismo dela. Sem razão. Inexistência, ao menos no presente momento, de fato revelador de má-fé dos sócios ou de abuso da personalidade jurídica caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. Ausência de preenchimento dos requisitos estabelecidos no artigo 50 do Código Civil. Medida de exceção que implica na demonstração de indevida utilização da personalidade jurídica da sociedade com a finalidade de fraudar credores ou praticar abuso de direito. Precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça. Encerramento irregular e ausência de bens penhoráveis que, por si sós, não

Acesso ao Sumário

justificam a medida pleiteada. Impossibilidade de aplicação da Teoria Menor no presente caso. Teoria aplicável somente a relações de consumo e à responsabilidade ambiental. ***Não incidência da Súmula nº 435 e do Tema Repetitivo nº 630, ambos do C. STJ, aplicáveis somente à execução fiscal***. Recurso desprovido. **(TJSP; Agravo de Instrumento 2098969-79.2024.8.26.0000; Relator (a): Roberto Maia; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jacareí - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 27/06/2024; Data de Registro: 27/06/2024) - destacamos**

Assim, fica mantida a decisão agravada também por seus fundamentos.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2124550-96.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes MARIO SOLIS CORADINI e SANDRO LAZZARETTI, são agravados LINTEC GMBH & CO. KG. (MASSA FALIDA) e LINTEC & LINNHOFF HOLDINGS PTE. LTD.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.848)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente) e FORTES BARBOSA.

São Paulo, 3 de julho de 2024.

CESAR CIAMPOLINI, Relator

Ementa: Tutela de urgência requerida com fundamento no art. 22 da Lei de Arbitragem. Pleito de impedimento de registro de quaisquer atos societários de limitada para proteção de direito de preferência. Deferimento apenas em relação aos atos de transferência de quotas. Agravo de instrumento dos autores.

Aplicação do princípio da intervenção mínima do Poder Judiciário nas relações societárias. Doutrina de LUIS FELIPE SPINELLI, JOÃO PEDRO SCALZILLI e RODRIGO TELLECHEA. Precedentes das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial deste Tribunal. Graves alegações deduzidas por ambas as partes e contexto de alta litigiosidade. O deferimento da tutela, com os contornos da decisão recorrida,

Acesso ao Sumário

já basta para proteção do direito de preferência dos agravantes.

Manutenção da decisão recorrida por seus próprios fundamentos (art. 252 do RITJSP). Agravo de instrumento a que se nega provimento.

VOTO

RELATÓRIO.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a determinação judicial de fls. 235/239, como esclarecida a fls. 405/406, após intervenção das agravadas nos autos.

A r. decisão judicial agravada, à vista das alega recíprocas dos litigantes e do contrato por eles celebrados, determinou não fossem arquivadas perante a Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul quaisquer alterações do contrato social da agravada Lintec GMBH & CO. KG. que importassem transferência de quotas da Lintec-Ixon Indústria e Comércio de Máquinas e Equipamentos Ltda.

Expondo que são sócios minoritários da agravada Lintec-Ixon, de que majoritária a agravada Lintec GMBH & Co. KG., querem os agravantes resguardar-se quanto ao exercício de seu direito de preferência na aquisição das quotas na Lintec-Ixon. Ajuizaram a cautelar para obstar o registro de alterações societárias da Lintec-Ixon e ingressaram com requerimento de arbitragem. Sucede que a Lintec GMHB procura dar eficácia à cessão de quotas por meio de procurações concedidas à prepostos da cessionária das quotas, enquanto tenta forçar a distribuição de lucros da Lintec-Ixon.

Requerem efeito ativo para obstar o registro de qualquer ato societário da Lintec-Ixon, incluindo reuniões de sócios para nomeação de administradores. Ao final, com o julgamento colegiado, a confirmação da tutela antecipada.

Pela decisão de fls. 12/15, neguei liminar, considerando:

"Obstar o registro de atos como aquele de que se cuida (reunião de sócios para eleição de administrador) constituiria excessiva intervenção do Poder Judiciário na condução da atividade empresarial. Ainda mais considerando que há cláusula compromissória pactuada entre as partes e que o requerimento de instauração de arbitragem está sendo processado.

Somado a isso, foi concedida ordem na origem para obstar o registro de alteração do contrato social da Lintec-Ixon, o que protege direito de preferência dos agravantes que tenha eventualmente sido violado.

Sendo este o cenário que por ora se tem nos autos, há de se permitir que os mecanismos societários atuem, privilegiando-se o princípio da intervenção mínima do Poder Judiciário nas relações societárias.

Nesse sentido, de minha relatoria, dentre outros julgados da Câmara:

Acesso ao Sumário

AI 2015635-89.2020.8.26.0000, AI 2253572-57.2017.8.26.0000 e AI 2194670-09.2020.8.26.0000."

Oposição ao julgamento virtual pelas agravantes à fl. 18.

Contraminuta às fls. 20/32.

O recurso esteve em pauta de julgamento na sessão de 26/6/2024 da colenda Câmara, quando, após as sustentações orais das ilustres advogados, dela o retirei; volta agora, na sessão de 3/7 seguinte.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO.

Mantenho, por seus próprios fundamentos (art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça), a r. decisão agravada da lavra do MM. Juiz de Direito Dr. ANDRÉ SALOMON TUDISCO, que honra a Magistratura de São Paulo.

O Poder Judiciário, chamado a intervir para solver litígios entre sócios, deve guiar-se pelo princípio da intervenção mínima, como apontado na decisão inicial proferida neste agravo de instrumento.

A respeito, a doutrina de LUIS FELIPE SPINELLI, JOÃO PEDRO SCALZILLI e RODRIGO TELLECHEA:

"Por se tratar de medida invasiva e traumática, verdadeira intromissão externa em assuntos que, em princípio, deveriam ser reservados aos sócios e à sociedade, a intervenção judicial na administração de sociedade é medida excepcional. A excepcionalidade da medida se dá em razão do princípio da intervenção mínima na administração de sociedades, como já assinaram a doutrina e a jurisprudência. Por essa razão, deve, então, ser aplicada restritivamente. Isto porque se trata de medida que derroga, temporariamente, a vontade social. Além disso, importante ter presente que a intervenção afeta direitos e liberdades constitucionais (como o direito de os particulares regularem seus próprios interesses, o direito de propriedade e o direito de livre associação), assim como o sigilo dos negócios. Meras desinteligências entre sócios não são, por conseguinte, suficientes para embasar a determinação de intervenção judicial. Nesses casos, deve-se aguardar que os mecanismos sociais atuem normalmente e resolvam a questão." **(Intervenção Judicial na Administração de Sociedades, págs. 67/68).**

Na jurisprudência das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial deste Tribunal:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA PROVISÓRIA EM CARÁTER ANTECEDENTE. SOCIEDADE ANÔNIMA. PEDIDO DE AFASTAMENTO DOS ADMINISTRADORES. INDEFERIMENTO MANTIDO. MEDIDA QUE SÓ SE JUSTIFICA EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO PODER JUDICIÁRIO NA ADMINISTRAÇÃO DA COMPANHIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA TUTELA. COMPANHIA FECHADA, DE CUNHO FAMILIAR, E MARCADA POR INTENSA E ANTIGA LITIGIOSIDADE ENTRE OS

Acesso ao Sumário

ACIONISTAS, INCLUSIVE NO QUE TANGE AO CONTROLE ADMINISTRATIVO. CONVOCAÇÃO DE NOVA ASSEMBLEIA, APÓS A INTERPOSIÇÃO DESTE AGRAVO, PARA VOTAÇÃO ACERCA DAS CONTAS DA COMPANHIA E ELEIÇÃO DE NOVOS DIRETORES. AGRAVO NÃO PROVIDO." **(AI 2201934-14.2019.8.26.0000, ALEXANDRE LAZZARINI; grifei)**.

"Agravo de instrumento - Ação de exclusão de sócio, dissolução parcial de sociedade e destituição de administrador - Decisão que revogou parcialmente a antecipação de tutela - Inconformismo - Acolhimento - Determinação para que todas as movimentações bancárias da sociedade sejam efetuadas em decisão conjunta dos sócios-administradores - Litigiosidade entre os sócios que inviabiliza a determinação judicial - Necessidade de atendimento aos princípios da intervenção mínima do Estado e da continuidade da empresa - Necessidade de se ater aos limites do pleito recursal - Reforma da r. decisão agravada para manutenção da decisão anterior que concedeu parcialmente a tutela antecipada pleiteada pela sociedade - Recurso provido." **(AI 2252858-29.2019.8.26.0000, GRAVA BRAZIL; grifei).**

"Agravo de instrumento - Societário - Decisão que indeferiu o pedido de tutela de urgência formulado pelo agravante - Inconformismo - Pedido de efeito suspensivo quanto à determinação de inclusão dos demais sócios da sociedade na lide - Não acolhimento - Litisconsórcio necessário - Sócios participantes da assembleia a qual se pretende a anulação que devem compor o polo passivo da demanda, uma vez que eventual procedência da ação repercutirá diretamente na relação jurídica com os demais sócios - Determinação de inclusão pertinente - Pedido de antecipação da tutela recursal para suspender os efeitos da assembleia - Ausência dos requisitos do art. 300 do CPC - Embora questionável o impedimento de participação do agravante na assembleia, aparentemente houve a ratificação das decisões em momento posterior - Eventual violação do art. 1074, §1º, do Código Civil que é objeto de discussão em outro agravo - Existência de grande litigiosidade e animosidade entre todos os envolvidos - Princípio da intervenção mínima do Estado-Juiz nas questões e deliberações sociais - Situação de intensa litigiosidade que requer cautela, evitando-se a prolação de decisões que imponham medidas drásticas - Acolhimento, contudo, do pedido subsidiário para que seja nomeado pelo Juízo 'a quo' interventor-observador, a fim de fiscalizar os atos de gestão dos administradores, no interesse da sociedade empresária, à luz do princípio da preservação da empresa - Voto do segundo Juiz, eminente Desembargador GRAVA BRAZIL, acolhido neste aspecto e incorporado no acórdão - RECURSO PROVIDO EM PARTE." **(AI 2130993-97.2023.8.26.0000, JORGE TOSTA; grifei).**

In casu, como está na r. decisão agravada, o deferimento do pleito para impedimento de registro de quaisquer atos societários da Lintec-Ixon configuraria medida demasiado invasiva, que obstaria a atuação dos mecanismos sociais.

Acesso ao Sumário

Considere-se, ainda, que a tutela de urgência já deferida na origem garante satisfatoriamente o direito de preferência dos agravantes, bem como a eficácia da cláusula compromissória pactuada.

De fato, apesar de os agravantes nominarem a ação de origem de "tutela cautelar em caráter antecedente", trata-se de típica cautelar pré-arbitral (art. 22 da Lei de Arbitragem). Vale dizer, é do Juízo arbitral, não do Judiciário, a competência para a análise exauriente sobre haver ou não direito de preferência sobre quotas que a agravada incontroversamente cedeu para terceira.

Além disto, as agravadas, em contraminuta, reproduzindo fundamentos deduzidos na origem (fls. 360/366 e 393/397), dizem que houve oportunidade para exercício da preferência pelos agravantes em igualdade de condições com a terceira. E que eles não o exerceram.

De toda a conveniência, assim, apenas evitar que a cessão de quotas opere efeitos, obstando-se o arquivamento de alterações do contrato social, e não impor severo óbice à atividade empresarial por meio de impedimento de arquivamento de qualquer ato societário, como pretendem os agravantes.

Vale lembrar, ainda, que a agravada cedente possui 80% do capital social, e que a insurgência dos agravantes no recurso é por conta de que, valendo-se do controle, ela estaria "*fazendo valer na prática*" a cessão, mediante outorga de procurações e indicação de administradores no interesse da cessionária. Claramente, tal argumento extrapola o objeto da ação de origem (tutela do art. 22 cit.), devendo também essa questão ser dirimida pela Arbitragem.

De se registrar, enfim, o teor da correta decisão de fls. 669/670 dos autos de origem, proferida já estando em trâmite o presente recurso (como visto, sem liminar que a impedisse de ser editada). Ao manter a r. decisão recorrida, frente a pedido de reconsideração, esclareceu S. Exa., o ilustre Magistrado ***a quo***, que se *"[n]os termos do contrato social, havia cláusula que garantia aos sócios direito de preferência, sendo que os autores depositaram o valor relativo ao negócio. Portanto, a tutela de urgência foi concedida para assegurar o objeto da demanda principal, cujo julgamento será proferido pelo Tribunal Arbitral, impedindo-se, por ora, o registro de ato que importe em transferência de cotas da sociedade. A partir de agora, a questão relativa a eventual decadência do direito de preferência deve ser decidida pelo Tribunal Arbitral, pois complexa e demanda ampla análise das provas que serão produzidas."* Mais, *"[c]onforme já decidido, a tutela de urgência concedida apenas obstou o registro de atos que importem em transferência de cotas da sociedade."* E, *"[c]onforme decidido nos autos em apenso, a reunião de sócios em que nomeado Diretor Vice-Presidente foi regular e não há qualquer impedimento para registro do ato."*

Por tais razões, não há fundamento para se deferir o quanto pleiteado pelos agravantes.

Isto posto, como dito, mantenho a r. decisão agravada.

Acesso ao Sumário

DISPOSITIVO.

Nego provimento ao recurso.

Consideram-se, desde logo, prequestionados todos os dispositivos constitucionais e legais, implícita ou explicitamente, influentes na elaboração deste voto.

Na hipótese de, em que pese este prévio prequestionamento, serem opostos embargos de declaração ao acórdão, seu julgamento se dará necessariamente em ambiente virtual.

É como voto.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001761-19.2023.8.26.0301, da Comarca de Jarinu, em que é apelante AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A, é apelado ANDERSON GONCALVES DOS SANTOS (NÃO CITADO).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 34104)**

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

São Paulo, 28 de junho de 2024.

LIDIA CONCEIÇÃO, Relatora

Ementa: APELAÇÃO. Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão de veículo. Extinção sem mérito. Recurso da autora. Descabimento. Mora não comprovada. Notificação extrajudicial devolvida com informação de destinatário "não procurado". Se não houve o encaminhamento pelo correio, não houve sequer a tentativa de entrega. Irregularidade. Situação que não está abarcada pelo tema nº 1.132 do C. Superior Tribunal de Justiça. Requisito de procedibilidade da ação. Precedente deste E. TJ/SP. Sentença mantida. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fl.73 que, em ação de busca e apreensão, ajuizada por Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A em face de Anderson Goncalves dos Santos, julgou extinta a ação, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, IV, do Código de Processo Civil.

Inconformada, apela a autora (fls. 76/90). Sustenta, em síntese, a regular constituição em mora do réu, pois a notificação extrajudicial foi enviada para o endereço que consta do contrato firmado entre as partes, aplicando-se, ao caso, o Tema Repetitivo 1132 do C. Superior Tribunal de Justiça.

Assim, requer a anulação da r. sentença para que seja determinado o prosseguimento do feito.

Recurso tempestivo (fl. 75) e preparado (fls.91/93).

Sem contrarrazões.

É o relatório.

As partes celebraram contrato de financiamento com pacto adjeto de alienação fiduciária de veículo em garantia (fls.47/56). Segundo a instituição financeira autora, o réu deixou de pagar as prestações vencidas, o que deu ensejo ao ajuizamento da presente ação de busca e apreensão.

Ocorre que o MM. Juízo *a quo* entendeu não haver prova suficiente da constituição em mora do devedor, de modo que julgou extinto o processo, sem julgamento de mérito.

E a r. sentença proferida pela MM. Juíza *a quo* não merece reforma.

Isto porque, *in casu*, a autora não logrou êxito na notificação extrajudicial do réu, pois, ainda que a notificação extrajudicial tenha sido devidamente postada para encaminhamento ao endereço constante do contrato firmado entre as partes, efetivamente, o aviso de recebimento retornou com a informação de "não procurado" (fls.57/59).

Assim, a comunicação extrajudicial não atingiu a sua finalidade, nos termos do artigo 2°, §2°, do Decreto-Lei nº911/69: *"A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário."*. E ainda que o Tema 1.132 dispense o recebimento no endereço, no caso, não houve sequer o encaminhamento ao endereço de modo que fosse suficiente a formalização da notificação.

E uma vez que os documentos apresentados com a inicial não comprovam a mora do réu, requisito de procedibilidade da ação, de rigor a manutenção da r. sentença recorrida.

Nesse sentido, a jurisprudência desta C. Câmara:

"Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Falta de com-

Acesso ao Sumário

provação da formal constituição em mora. ***Inaplicabilidade do Tema STJ nº 1132 ao caso concreto, já que os Correios nem chegaram a encaminhar a carta- notificação. Decreto extintivo mantido.*** *Recurso improvido." (TJSP; Apelação Cível 1013498-97.2023.8.26.0566; Relator (a): Arantes Theodoro; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Carlos - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/05/2024; Data de Registro: 29/05/2024, grifos não originais)*

Na verdade, estivesse o réu ausente ou não fosse o endereço localizado, a notificação estaria regular, considerando o julgamento pelo C. Superior Tribunal de Justiça do Tema repetitivo nº 1.132:

"Em ação de busca e apreensão fundada em contratos garantidos com alienação fiduciária (art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969), para a comprovação da mora, é suficiente o envio de notificação extrajudicial ao devedor no endereço indicado no instrumento contratual, dispensando-se a prova do recebimento, quer seja pelo próprio destinatário, quer por terceiros."

Ocorre que, a notificação extrajudicial de fls. 57/59 aponta apenas "não procurado", ou seja, a correspondência não chegou ao endereço do contrato e não se cuida de não localização do endereço ou sua insuficiência (há alínea para estas hipóteses as fls. 55, ou seja, 2 ou 3). Dessarte, não se sabe qual a motivação para a devolução da correspondência à apelante sem a real tentativa de entrega. E neste caso, não houve a notificação extrajudicial.

Assim, não se configurando a mora, em desconformidade à Súmula 72 do C. Superior Tribunal de Justiça[1], de rigor a manutenção da r. sentença recorrida.

Isto posto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação, nos termos da fundamentação.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0036600-26.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GALFARO EMPREENDIMENTOS IMÓBILIÁRIOS LTDA., é apelado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO JARDINS DI SIENA.

ACORDAM, em sessão telepresencial da 9ª 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. Willian César Venancio, OAB/SP 346.239.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29977)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DANIELA

1 Súmula: 72. A comprovação da mora é imprescindível a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.

CILENTO MORSELLO (Presidente) e JANE FRANCO MARTINS.

São Paulo, 2 de julho de 2024.

CÉSAR PEIXOTO, Relator

Ementa: Ação cominatória destinada à obrigação de refazimento e à readequação das obras em virtude de vícios construtivos ocultos em condomínio edilício [RESIDENCIAL JARDINS DE SIENA] ou, alternativamente, com a conversão da reparação em perdas e danos - Decisão de procedência parcial - Inocorrência de nulidades formais - Questões avaliadas a contento e obediência ao justo processo legal - Preliminares rejeitadas em homenagem da instrumentalidade das formas - Prescrição e/ou decadência não operadas - Hipótese de inadimplemento contratual - Prazo decenal - Responsabilidade objetiva do construtor/incorporador - Legitimidade concorrente do condomínio para o exercício da pretensão em nome próprio e da coletividade dos moradores - Inexistência de causas preexcludentes ou atenuantes da obrigação - Laudo da perícia conclusivo atestando inúmeras anomalias endógenas, derivadas da impropriedade da execução das obras, infração ao projeto e às normas técnicas de engenharia - Subjetividade e parcialidade do parecer emitido pelo assistente técnico - Direito à reparação integral diante da inexecução dos deveres diretos e anexos à operação negocial - Legalidade da conversão da prestação em pecúnia pelo valor compensatório equivalente à estimativa dos custos necessários no caso de descumprimento da decisão - Prejuízos advindos do comprometimento da solidez, segurança, salubridade e habitabilidade das áreas comuns e privativas - Fixação de prazo razoável, prorrogável a critério do juízo singular - Sentença modelar mantida - Recurso não provido.

VOTO

Apelação [36 laudas!] tirada contra sentença que julgou procedente, em parte, pedido cominatório destinado à reexecução de obras em razão de vícios construtivos em edifício edilício e nas frações ideais e, ultrapassado o prazo de sessenta dias, autorizando a conversão da obrigação em indenização por perdas

Acesso ao Sumário

e danos, impondo ao vencido o reembolso das despesas processuais e fixando os honorários advocatícios em 18% sobre o valor da causa objetivando, em resumo, o reexame e a modificação do julgado com fundamento, em síntese, na nulidade por cerceamento de defesa, generalidade da decisão, e a falta de apreciação completa de todas as teses articuladas, na inexistência de culpa, infração ou responsabilidade pois o evento decorreu da falta de manutenção e de conservação do empreendimento, além do desinteresse dos proprietários na realização das adaptações e regularizações, sendo exíguo o prazo assinado.

Tempestiva, preparada e respondida sustentando o resultado.

Não se cogitou de nulidade porque a prova pericial alcançou a sua finalidade essencial de elucidação da matéria técnica, prescindindo da oitiva do perito (falecido) e do assistente em audiência para esclarecimentos adicionais, art. 477, § 3º, do Código de Processo Civil, mera prerrogativa do julgador para a formação da sua convicção, sem embargo da atração, aqui, do princípio da instrumentalidade das formas, infenso ao frívolo curialismo de modo que, atingindo o ato probatório a sua função instrutória básica, incidiram as disposições dos arts. 188, 277 e 282, § 1º e 370, § 1º do aludido diploma, eliminando a alegação de prejuízo, falha formal ou de cerceamento de defesa uma vez garantido o justo processo legal e exaustivamente discutido o tema nos autos.

A legitimidade ativa do condomínio, representado pelo síndico/administrador, para o exercício da pretensão à reparação em nome próprio e, simultaneamente, defendendo os interesses individuais homogêneos comuns dos terceiros, integrantes da coletividade dos condôminos/possuidores das unidades, proveio do instituto da legitimação extraordinária concorrente conferida no art. 22, § 10, "a", da Lei 4.591/64, combinado com o art. 1.348, II, do Código Civil, nos termos dos arts. 18 e 75, XI do Código de Processo Civil.

Quanto à regularidade do valor estimativo atribuído à causa, aforada sob a égide da legislação anterior, decorreu da generalidade do pedido formulado tendo em vista a falta de condições de determinação, desde logo, das consequências do ato ou fato ilícito, à luz dos permissivos dos arts. 291 e 324, § 1º, II e III, do Código de Processo Civil, havendo à época incerteza sobre o conteúdo econômico imediatamente aferível.

Acesso ao Sumário

Doutra parte, não ocorreu a decadência do art. 618, parágrafo único, do Código Civil, tampouco a do art. 26, II e § 1º, do Código do Consumidor, enquanto a controvérsia envolveu cumprimento de obrigação e/ou indenização equivalente fundada em inadimplemento negocial típico descrito no art. 389, regulada na norma geral de prescrição do art. 205, prevendo o prazo decenal em questões desse jaez conforme o enunciado da velha Súmula 194 do Superior Tribunal de Justiça, notadamente porque o condomínio foi instituído aos 17/02/2010 e a propositura se deu em 12/12/2012.

A espécie foi de responsabilidade objetiva do construtor/incorporador,

independentemente de culpa nos termos do art. 12 do Código do Consumidor, conjugado com os arts. 927, parágrafo único e 931 do Código Civil, mormente porque o laudo conclusivo demonstrou com precisão e objetividade a existência de severos vícios construtivos ocultos de natureza endógena, tanto nas áreas coletivas como nas privativas, derivados da execução defeituosa dos serviços e do planejamento inadequado das obras do edifício, quer pela deficiência de qualidade do material empregado, quer por inobservâncias das diretrizes e protocolos recomendados pela boa técnica da engenharia.

Assim, estabelecido o nexo causal e comprovada a infração dos deveres anexos à operação, cujos riscos foram inerentes à atividade mercantil de construção civil, daí o direito à reparação integral na extensão dos danos identificados nas vistorias em virtude do comprometimento da solidez, segurança, salubridade e habitabilidade dos moradores do prédio, mediante a readequação das anomalias e imperfeições no prazo razoável assinado na decisão tendo em vista o tempo consumido [± 12 anos!].

Facultada a dilação a critério do magistrado e, decorrido, autorizada a conversão automática da prestação específica em pecúnia pelo valor dos custos necessários apurados em liquidação com a simples solicitação de planilhas de gastos pelo juízo, ou a comprovação do desembolso antecipado, fluindo juros de mora e correção monetária da data da exibição dos orçamentos ou das notas fiscais-fatura do pagamento, arts. 499 e 536 do Código de Processo Civil e arts. 247 a 249 do Código Civil, neutralizando as teses defensivas.

A propósito, aliás, não foram identificadas perante a prova concausas relevantes, motivos atenuantes ou preexcludentes, a despeito de que as sucessivas críticas formuladas e reiteradas manifestações divergentes constantes dos pareceres do assistente não saíram do terreno do subjetivismo, representando a impressão unilateral dos fatos consumados, com visão tendenciosa e parcial baseada em convicções pessoais, donde a exigibilidade da satisfação dos diversos consertos/adequações e/ou o ressarcimento em dinheiro, restritos aos itens recomendados pelo experto nomeado a seguir historiados:

> **(i)** no piso do 1º e 2º subsolos com a aplicação de endurecedor ou pintura à base de epóxi, correção das trincas, remoção e reconstrução das placas de concreto soltas com argamassa à base de graute, polimérica ou similares, **(ii)** correção das fissuras, infiltrações e trincas na laje do teto do 1º subsolo com a utilização de manta de impermeabilização, **(iii)** regularização e pintura nas cores padronizadas da tubulação vertical e horizontal no teto do subsolo relativa e instalação de dispositivo de inspeção e desobstrução de águas pluviais e esgotos, **(iv)** correção da altura da faixa de circulação no subsolo, **(v)** regularização da fixação da grelha metálica de ventilação no subsolo, **(vi)** reformulação do espaço físico de distribuição das vagas de garagem observada as dimensões mínimas de largura e comprimento, **(vii)** substituição dos trocadores de calor das pis-

Acesso ao Sumário

cinas de infantil e adultos, **(viii)** aplicação de grampeamento, colocação de telas e ou injeção de argamassa na alvenaria na rampa, laje do teto e em cortinas de contenção/fechamento, **(ix)** reparos dos afundamentos e a recomposição do revestimento do piso da rampa de tráfego de veículos nos subsolos, **(x)** correção da metragem da largura e adaptação dos portões de acesso ao subsolo, **(xi)** reparos na canaleta de concreto com grelha metálica na rampa do 1º subsolo, com a impermeabilização evitando os vazamentos da laje, **(xii)** reparação da cortina de concreto/fechamento do perímetro do subsolo em razão de infiltrações, **(xiii)** adequação do nível do piso de pedra miracema do pavimento térreo devido ao empoçamento de água, **(xiv)** instalação de rufos sobre os muros de divisa, **(xv)** revisão da dobra e manta de impermeabilização da mureta do jardim com o reparo da rachadura, **(xvi)** substituição de gradis, portões e corrimãos devido à corrosão das peças metálicas, **(xvii)** revisão da impermeabilização diante dos vazamentos da fonte de água, **(xviii)** substituição de gradis e corrimãos oxidados das piscinas e reparação de trincas na alvenaria e do rejuntamento do revestimento ente as placas pétreas, **(xix)** instalação de escadas e lava-pés na área da piscina, **(xx)** reparos de fissuras, nova pintura e substituição da caixa de passagem blindada da fiação elétrica na quadra de esporte, **(xxi)** aplicação de argamassa hidrófuga na guarita tendo em vista da unidade, **(xxii)** aplicação de silicone entre caixilhos e alvenarias das unidades autônomas, **(xxiii)** eliminação do gotejamento vindo da laje do temo no 15º andar, **(xxiv)** revisão geral e adequação do sistema de cobertura, **(xxv)** correção do sistema de exaustão das churrasqueiras externas dos apartamentos, com o tratamento das peças e a substituição de coxins de borracha, **(xxvi)** necessidade da aplicação de argamassa no interior das caixas de elevadores e de troca das botoeiras dos equipamentos nos andares altos, **(xxvii)** a instalação das tomadas de 220 volts nos banheiros sociais das unidades e a revisão/troca do quadro de distribuição conforme o memorial em função do aumento da carga elétrica.

Por conseguinte, a manutenção do modelar julgado da lavra do ilustre Doutor *LUIS FERNANDO NARDELLI*, elevados os honorários advocatícios na etapa recursal em mais 2% sobre a base de cálculo arbitrada na origem, deferida a constituição de hipoteca judiciária em garantida do fiel cumprimento do título e servindo a decisão como mandado para o ingresso, acesso e a execução dos trabalhos nas frações ideais no caso de recalcitrância.

Do exposto, pelo meu voto, nego provimento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1013159-18.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FACEBOOK

SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA., é apelada RITA DE CASSIA LIMA DE FREITAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. ", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.214)**

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

São Paulo, 3 de julho de 2024.

JOÃO ANTUNES, Relator

Ementa: Apelação Cível - Prestação de Serviços - Administração de Rede Social (Facebook e Instagram) - Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos materiais e morais - Bloqueio injustificado da conta - Sentença de parcial procedência afastando os danos materiais por não comprovados - Relação de consumo - Falha na prestação dos serviços demonstrada - Responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços - Desativação da conta por suposta violação aos termos de uso do serviço - Descabimento - Não comprovação da justa causa para o ato perpetrado pelo provedor - Exclusão imotivada - Obrigação de fazer - Determinação de reativação da conta utilizada pela usuária - Perfil utilizado para atividades econômicas - Danos morais configurados - Quantum bem arbitrado na origem - Valor indenizatório, ademais, que está de acordo com o padrão adotado por esta C. Câmara, em casos análogos - Sentença mantida - Recurso desprovido.

VOTO

A r. sentença de fls. 352/356, cujo relatório se adota, afastando o pedido de indenização por danos materiais, julgou parcialmente procedente a ação de obrigação de fazer c.c. indenizatória proposta por *Rita de Cassia Lima de Freitas* em face de *Facebook Serviços Online do Brasil Ltda* para condenar o réu na obrigação de restabelecer as contas do perfil da autora, no prazo de dez dias a contar da publicação da sentença, enquanto tutela de urgência, sem prejuízo da aplicação do art. 497, do CPC, bem como ao pagamento da quantia de R$5.000,00, a título de indenização por danos morais, corrigida monetariamente

Acesso ao Sumário

pela tabela prática do TJSP a partir do arbitramento e acrescida de juros de mora de 1% também do mesmo marco. Pela sucumbência recíproca, foram rateadas as custas e despesas em iguais proporções, arcando, cada parte, com honorários do próprio patrono.

Opostos embargos de declaração pela ré, que foram acolhidos em parte para aclarar que a tutela cominatória imposta à ré limita-se à reativação do primeiro perfil da autora (@aldeia_farm), conforme requerimentos de fls. 30/2 e manifestação de fls. 346; de outro lado, os declaratórios da parte autora foram rejeitados (fls. 367).

Inconformado, apela o réu (fls. 373/388), pretendendo a reforma da sentença. Defende a impossibilidade de reativação da conta @aldeia_farm no serviço *instagram*, pois permanentemente deletada. Alega exercício regular de direito. Discorre sobre as políticas e termos de uso do serviço disponibilizado que autoriza, o provedor, a proceder o bloqueio temporário de perfis para averiguação de eventual violação de termos de serviço, apontando a legislação constitucional e infraconstitucional que entende reger a matéria e colacionando jurisprudência sobre a questão. Afirma que a publicação de conteúdos que violem os direitos de propriedade intelectual de terceiros, como direitos autorais e de marca comercial é plenamente possível. Salienta que o provedor disponibiliza a ferramenta de denuncia para hipóteses em que ações ou compartilhamento de conteúdo violem direitos de terceiros. Sustenta que é necessário o afastamento da obrigação ou resolução da obrigação imposta sem culpa por parte do Facebook, nos termos do artigo 248 do Código Civil. Aduz que é inviável o cumprimento da obrigação e que há afronta aos artigos 497 e 499 do CPC. Assevera que não se comprova o ilícito praticado, bem como o abalo moral supostamente experimentado. Entende que o nexo causal não se presume e que a responsabilidade não pode ser atribuída ao provedor. Refere que as perdas e danos não estão comprovadas. Pleiteia a reforma da sentença.

Recurso tempestivo com o recolhimento e complementação do preparo recursal.

Com contrarrazões (fls. 397/409).

É o relatório.

Trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos materiais e morais com pedido de tutela antecipada pela qual pretende a autora o restabelecimento da conta denominada "@aldeia_farm" na plataforma *Instagram* sem a exclusão de qualquer conteúdo anteriormente publicado. Alega que utiliza a conta para fins profissionais em razão de parceria com a empresa Filó da Fulo, a qual exige a utilização da rede social para exposição dos produtos, porém sua conta foi banida em 23/06/2021, porque teria violado os Termos de Uso. Aduz haver criado outra conta para evitar a interrupção de suas atividades, mas foi igualmente banida, fato que ocorreu diversas vezes com a

Acesso ao Sumário

criação de novas contas. Pede a reativação da conta "@aldeia_farm", em tutela antecipada, sob pena de multa diária. No mérito, pede a confirmação da tutela de urgência, com o restabelecimento do perfil, com declaração da falha na prestação do serviço e condenação em dano morais de R$20.000,00, além de danos materiais que afirma ter experimentado no importe de R$4.005,09.

De outro lado, o réu, em contestação (fls. 172/196), afirma que a autora está ciente das regras de utilização do serviço *Instagram*, bem como da possibilidade de exclusão da conta na hipótese de violação dos Termos e Padrões, o que está disposto de forma expressa. Sustenta exercício regular de direito, entendendo correta e legítima a conduta, não só pelo constante nos Termos de Uso, como também em razão da Lei da Propriedade Industrial. Defende que as perdas e danos e o abalo moral não estão caracterizados.

Pois bem.

Destaco, de início, que a relação jurídica aqui em exame é de consumo, portanto, aplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor, cuja legislação tem por escopo a proteção especial da parte considerada hipossuficiente técnica e economicamente.

Em que pese toda a argumentação do apelante, não se comprovou a ofensa aos termos de uso e regras da rede social, nem sequer apontou no que teria consistido tal ofensa, sendo injusto o bloqueio do perfil do autor. Também não se demonstrou a impossibilidade técnica de reativação do perfil.

Observe-se que, em sede de contestação, o réu se limitou a defender, genericamente, que foram violados os termos de uso e, por essa razão, foi desativado o perfil na plataforma administrada pelo provedor, não especificando, de maneira clara e objetiva, no que teria consistido a violação "a direitos de terceiros".

O réu apenas argumenta que o direito ao uso de marca e de patente deve ser respeitado e que fornece ferramenta de denuncia por violação aos termos de uso, sem demonstrar que a parte autora teria atentado contra a Lei de Propriedade Industrial de modo a lesar direitos de terceiros.

Apenas se teceram teses, sem nenhuma comprovação de violação a direitos de outrem.

Logo, não se pode imputar culpa exclusiva do consumidor ou que está presente qualquer outra excludente de responsabilidade do réu, que, como se sabe, no caso vertente, é objetiva.

A desativação repentina e injustificada da conta utilizada na plataforma gerida pelo provedor acarreta prejuízos advindos do ato perpetrado pelo réu, pois o perfil era utilizado para divulgação de trabalho com intuito de auferir renda por parte da usuária, tendo ela demonstrado que tentou solucionar a questão administrativamente, sem sucesso.

Quanto a inviabilidade de reativação da conta indicada na inicial, o ape-

Acesso ao Sumário

lante não comprova a impossibilidade técnica, não bastando a mera argumentação genérica.

Aliás, se demonstrado que o cumprimento da obrigação se tornou impossível (art. 499 do CPC), plenamente viável a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos, de modo que, eventual impossibilidade, não obsta a condenação.

Assim, agiu com acerto o juízo singular ao condenar o réu na obrigação de fazer consistente no restabelecimento do perfil "@aldeia_farm", tal qual requerido no pedido autoral.

A reparação por danos morais pelos prejuízos causados em razão dos serviços interrompidos é inegável, como bem reconhecido no julgado, restando bem caracterizado o abalo moral, pois a conta da autora em rede social foi repentinamente desativada sem qualquer aviso prévio ou motivação demonstrada, notadamente com relação ao perfil indicado na exordial, acarretando, sem sombra de dúvida, redução na aferição de ganho financeiro, ante a inércia do réu em solucionar o problema.

Não bastasse, a autora somente obteve seu intento depois de se ver obrigada a ingressar com a presente ação, uma vez que o réu insiste em não solucionar a questão extrajudicialmente.

Desse modo, o réu deve ser responsabilizado pelos danos morais causados ao autor, como tem reconhecido esta C. Câmara em casos análogos:

> *"RECURSO - APELAÇÃO CÍVEL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - ADMINISTRAÇÃO DE REDE SOCIAL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM REPARAÇÃO MORAL Autora que teve seu perfil em rede social invadido ('Instagram') e busca compelir a requerida a restabelecer seu acesso à conta, bem como lhe indenizar pelos prejuízos morais suportados. Responsabilidade da requerida que não decorre da existência de publicações indesejadas ou da invasão por terceiro de determinada conta existente na plataforma da rede social, mas de sua inércia em adotar de forma célere as medidas necessárias para cessar o uso desautorizado do perfil criado pela demandante, mesmo após a existência de denúncia formalizada. Obrigação de fazer bem determinada. Danos morais caracterizados. Valor do 'quantum' indenizatório, todavia, que deve ser reduzido de R$ 10.000,00 (dez mil reais) para R$ 8.000,00 (oito mil reais), montante que melhor observa os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, bem como as peculiaridades da hipótese. Procedência parcial na origem. Sentença parcialmente reformada. Recurso de apelação da requerida em parte provido para ajustar o valor da reparação moral, sem reflexo nas verbas sucumbenciais."* (Apelação Cível nº 1018688-87.2022.8.26.0562; TJSP: 25ª Câmara de Direito Privado; Relator: **Des. Marcondes D'Angelo**; J. 27.03.2023).

> *"APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM*

Acesso ao Sumário

INDENIZATÓRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Autora que teve o seu perfil no Instagram invadido por terceiros, que passaram a fazer publicações em seu nome com tentativas de golpes. Restou demonstrada a falha na prestação dos serviços, eis que cabe à requerida oferecer ao mercado serviço que forneça padrões adequados de segurança. OBRIGAÇÃO DE FAZER. Manutenção da condenação. Recuperação da conta apenas após a propositura da demanda. DANOS MORAIS. Configuração. Evidente a repercussão negativa gerada pela invasão da conta da apelada, o que sem dúvida trouxe perdas à sua imagem perante terceiros, já que utilizava seu perfil para a atividade profissional 'QUANTUM' INDENIZATÓRIO. Indenização reduzida para o valor de R$ 5.000,00, valor que, diante das circunstâncias do caso, se mostra adequado para sanar de forma justa a lide Recurso parcialmente provido." (Apelação Cível nº 1000360-15.2022.8.26.0076; TJSP: 25ª Câmara de Direito Privado; Relator: **Des.** HUGO CREPALDI; J. 09.05.2023).

Relativamente ao *quantum* adequado para fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito pelo julgador com observância dos critérios de moderação e razoabilidade, sopesando-se o grau de culpa do causador do dano, a intensidade do ânimo de ofender, a extensão do prejuízo, o nível socioeconômico do autor e a condição econômica do réu; evitando-se, ainda, que o *quantum* indenizatório implique em enriquecimento ilícito ou deixe de cumprir a função reparadora.

Diante das peculiaridades do caso concreto, tenho que o valor indenizatório arbitrado em R$ 5.000,00, se mostra razoável a indenizar o abalo sofrido pela autora.

Dentro desse quadro, não merece amparo o apelo do réu.

Deixo de majorar os honorários advocatícios sucumbenciais, visto que não fixados na origem.

Considera-se prequestionada toda a matéria constitucional e infraconstitucional suscitada nos autos, uma vez que apreciadas as questões relacionadas à controvérsia neste julgamento, ainda que não tenha ocorrido a individualização de cada um dos argumentos ou dispositivos legais invocados, situação incapaz de influir na conclusão adotada pelo Colegiado.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1120543-06.2023.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ELIAS HERRMANN, são apelados XP INVESTIMENTOS CORRETORA DE CÂMBIO,

Acesso ao Sumário

TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S/A e MESSEM INVESTIMENTOS AI LTDA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentaram oralmente Drs. Diego José Reis de Oliveira e Luiza Natale de França Barbosa", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 42251)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NELSON JORGE JÚNIOR (Presidente) e SIMÕES DE ALMEIDA.

São Paulo, 3 de julho de 2024.

ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA, Relatora

Ementa: APELAÇÃO - DANO MATERIAL E DANO MORAL - Pretensão de reforma da r.sentença de improcedência da demanda - Alegação de que as rés são responsáveis pelo golpe aplicado, devendo reparar os prejuízos decorrentes de transferências e pagamentos de boletos realizados em favor dos golpistas - Descabimento - Hipótese em que não há nexo de causalidade entre a prestação do serviço e a ocorrência do dano - Ausência de elementos de convicção mínimos que caracterizem a responsabilidade das rés - Contato realizado pelos golpistas que, aparentemente, foi aleatório e genérico, e que não dispunham de informações pessoais do autor - Culpa exclusiva da vítima que, ludibriada, realizou voluntariamente operações em benefício de terceiros - Fortuito externo configurado - Sentença de improcedência mantida - RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VISTO

Irresignado com o teor da respeitável sentença de fls. 500-504, que julgou improcedente pedido de indenização por dano material e moral, formulado em demanda movida por Elias Herrmann em face de XP Investimentos Corretora de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários S/A e Messem Agente Autônomo de Investimentos S/S Ltda, apela o autor (fls. 522-539). Os embargos de declaração interpostos foram rejeitados (fls.518-519).

Sustenta o apelante, em apertada síntese, que mantém conta investimento junto à corré XP e assessoria financeira com a corré Messem, e que foi vítima de golpe praticado por fraudador que se passou por funcionário da corré XP.

Afirma que recebeu um SMS, supostamente da corré XP, informando que

seu token teria sido ativado em outro dispositivo e solicitando que ligasse no número fornecido, a fim de verificar o ocorrido; sendo certo que, na realidade, a situação era fruto de artimanha perpetrada por fraudadores, e o autor vítima de fraude decorrente da falta de segurança do serviço prestado.

Afirma que entrou em contato com o assessor da corré Messem, que lhe informou que se tratava de uma fraude, e que nada teria sido resgatado de sua conta; porém, ao contrário do afirmado, constatou que foram realizados resgates de títulos e transferências bancárias para terceiros de forma fraudulenta.

Ressalta que é pessoa idosa e hipervulnerável; que foi deixado à própria sorte com estelionatários e com um assessor financeiro negligente e imprudente, que não lhe orientou adequadamente.

Assevera que ficou configurada a responsabilidade das rés e o dever de indenizar os danos sofridos.

Postula, assim, a procedência da demanda, com a condenação solidária das rés no pagamento da quantia subtraída, além de uma indenização pelos danos morais sofridos.

Recurso bem processado, com respostas às fls. 561-574 e 575-588.

É o relatório.

É caso de negar provimento ao recurso.

O autor ajuizou ação com pedido de indenização por dano material e por dano moral em face das rés, alegando que mantém conta investimento junto à corré XP, sendo assessorado pela corré MESSEM, e que foi vítima de fraude bancária em 05/07/2023, pois recebeu um SMS da corré XP informando que seu *TOKEN* teria sido ativado em outro dispositivo e solicitando que o autor ligasse para o número *0800 0002574*.

Ao realizar a ligação para o mencionado número, o autor conversou com um atendente chamado *Ricardo*, que se apresentou como responsável pela área de segurança da XP, e lhe informou que sua conta havia sido invadida e realizada uma atualização cadastral, com a alteração de dados sensíveis, como telefone e e-mail.

O suposto atendente informou que seu *TOKEN* havia sido bloqueado, e, assim, passou a conduzir o autor para realizar o suposto desbloqueio do *TOKEN* e a solicitação de nova senha.

O autor seguiu as orientações da pessoa que se fazia passar por funcionário da XP, fazendo-o crer que estaria desbloqueando sua conta e solicitando nova senha; no entanto, foram realizados resgates de títulos e transferências bancárias para contas de terceiros fraudulentamente.

A corré Messem Investimentos AI S/S Ltda. afirmou que sempre orienta seus clientes sobre a prática de fraudes que envolvem ação do próprio cliente, e que, no caso, o assessor que atendeu o autor alertou de que se tratava de uma fraude, e que, mesmo assim, o autor continuou em contato com o suposto fun-

Acesso ao Sumário

cionário da XP, fornecendo dados e informações pessoais.

Por sua vez, a corré XP Investimentos Corretora de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários S/A sustenta que, para as operações realizadas, houve autenticação de biometria facial pelo próprio cliente, não havendo como impedir a fraude. Salienta que todas as operações foram realizadas pelo próprio autor, que seguiu as orientações indevidas de um fraudador.

De fato, foram realizados os seguintes resgates da conta investimento para a conta digital do autor: CDB do Banco C6 no valor de R$ 172.446,35; do CDB do Banco Master no valor R$ 124.313,07; e, resgate do Produto do Banco C6 no valor de R$ 95.081,02.

O próprio autor afirma que realizou contato com o assessor financeiro da corré Messem, que lhe informou de que se tratava de fraude e lhe assegurou que nenhum valor teria sido retirado da sua conta digital até aquele momento (fls.52 e 332-333).

Segundo consta da conversa de *WhatsApp* entre o autor e o Sr. Ismael (consultor da Messem), o alerta de que se tratava de uma fraude foi feito às 15h10min; na sequência, ou seja, às 15h11min o consultor tranquilizou o autor afirmando que: "*Ninguém resgatou nada da sua conta*" (fls.52).

O alerta do consultor continuou as 15h11min: *"Quando tiver qualquer situação como essa, me avisa"; "Tem muita msg de fraude em e-mail e SMS"*.

Porém, mesmo diante dos alertas feitos pelo consultor, foram realizadas as seguintes operações na conta digital do autor: transferência via Pix de R$ 50.000,00 para Wesley Henrique dos Santos, realizada às 15h38min (fls.59); transferência via Pix de R$ 49.500,00 para Igor Vinicius Mulsa Ramalho, às 15h44min (fls.60); transferência via TED no valor R$ 48.500,00 para Daniel da Silva Dantas, às 15h49min (fls.61); transferência via TED de R$ 24.457,18 para Michel Reis Santos, às 15h54min (fls.62); Pix enviado para Luan Pereira de Andrade no valor R$ 27.040,00, às 16h57min (fls.63); pagamento via boleto para Miriam dos Santos no valor R$ 50.000,00, às 17h03min (fls.64); pagamento de boleto para Jessica Martins no valor R$ 47.000,00, às 17h16min (fls.65); e, transferência via TED para Luan Pereira de Andrade no valor de R$ 273,07, às 17h19min (fls.66).

Conforme consta da conversa mantida por meio do aplicativo *WhatsApp*, às 15h45min o consultor Ismael alertou o autor de que havia saído um valor da conta: *"na escuta" 15h45; "vi que de fato saiu um valor da sua conta" 15h45; "estou nun chat aqui da XP" 15h45; "Pode falar?"* 15h51. (fls.336)

A resposta do autor às 15h58min foi: "*Sigo falando com o 0800*".

Ou seja, enquanto o autor recebia os alertas de seu consultor, continuava falando com os fraudadores e realizando todas as operações mediante autenticação por via biometria facial, conforme se verifica de fls. 456-460, em que pese ter recebido a informação de que se tratava de fraude e que havia sido feita

Acesso ao Sumário

retirada irregular de sua conta.

De acordo com os documentos juntados aos autos do processo, todas as transferências realizadas no valor total R$ 332.230,90 para contas de terceiros foram realizadas mediante autenticação via biometria facial.

O autor foi contatado pelos golpistas de forma aparentemente aleatória, **pois os fraudadores sequer dispunham de suas informações pessoais;** tanto assim que a mensagem encaminhada pelos golpistas, via SMS, possuía conteúdo genérico, isto é, **sem um direcionamento específico ao autor**, como se depreende de seu teor: "*XP Informe: Seu TOKEN foi ativado em um novo dispositivo. Caso desconheça essa operação ligue para 0800 000 2574 (capitais e demais regiões)*" (fls.338).

E conforme admitiu para o seu assessor em conversa via *WhatsApp* às fls. 336, o autor ficou na linha com o *0800* desde 13h até 18h44min, quando mandou mensagem para o Sr. Ismael, informando que teriam sacado de sua conta a quantia de "*450k*".

Na hipótese em exame, o autor atribui às rés a responsabilidade por falha na prestação do serviço, consistente na falta de segurança, que possibilitou as operações fraudulentas.

No entanto, o autor se apresenta como engenheiro civil, mora em bairro nobre da cidade de São Paulo, e, ao que consta, é pessoa capaz, esclarecida e de boa cultura, de modo que ao receber a aludida mensagem por SMS poderia ter se cercado das cautelas normais que toda pessoa média tomaria e verificar se, de fato, o número de telefone informado na aludida mensagem corresponderia a um número de canal oficial da XP.

Poderia também ter entrado imediatamente em contato com seu assessor financeiro e pedir para que ele analisasse e realizasse as confirmações necessárias, a fim de verificar o ocorrido.

No entanto, o autor recebeu a mensagem via SMS às 12h43min, e, conforme também admitiu em sua conversa com o assessor financeiro Ismael, ligou para o aludido *0800* às 13h, sendo certo que somente entrou em contato com seu assessor às 15h02min, momento em que fez o seguinte relato: "*Agora pela manhã invadiram minha conta, fizeram um resgate do CDB Banco C6, R$ 190k, vc está sabendo?"; "Estou falando com o 0800 ...*" (fls.52).

Os relatos contidos na inicial e os documentos juntados aos autos do processo permitem concluir que o autor entrou em contato inadvertidamente com o fraudador que ele supunha ser funcionário da ré XP e que convenceu o autor a realizar várias operações.

Ainda que aplicável ao caso o Código de Defesa do Consumidor, as rés não respondem pelos danos sofridos pelo autor, seja porque não houve defeito do serviço, seja em razão da culpa exclusiva da vítima, aplicando-se ao caso a excludente do artigo 14, parágrafo terceiro, incisos I e II, do mesmo diploma

Acesso ao Sumário

legal.

A responsabilidade objetiva dos fornecedores não dispensa a prova do nexo causal entre o defeito do serviço prestado e o dano sofrido pela vítima; porém, no presente caso, não há indícios de envolvimento direto ou indireto das rés nas operações realizadas.

O autor foi induzido por terceiros, mediante a fragilização do dever de cuidado razoavelmente esperado, e, por isso, foi vítima de fraude, para a qual as rés, direta ou indiretamente, em nada contribuíram.

Os danos alegados são resultado de fato exclusivo de terceiros, inexistindo nexo causal ou conduta das rés que justifique o dever de indenizar, até porque esse tipo de golpe é constantemente informado nos meios de comunicação, o que exige dos consumidores maior cautela para evitar a facilitação de tal ilícito.

O que se verificou aqui é que o autor não teve a cautela necessária, não buscou orientação pelos canais oficiais da instituição financeira, tampouco buscou a imediata ajuda de seu consultor financeiro; pelo contrário, efetuou as diversas operações contestadas por sua conta e risco, colaborando de forma decisiva para a fraude, uma vez que todas as transferências foram feitas mediante a utilização de autenticação via biometria facial (*Selfie*), de forma que houve culpa grave e exclusiva da vítima.

Os elementos de convicção que constam do processo demonstram que o autor foi contatado por terceiros, e, induzido em erro, acatou as orientações para a efetivação de transferências e pagamentos de boletos, o que realizou voluntariamente.

Nesse contexto, ficou configurada a culpa exclusiva da vítima e, também, o fato de terceiro, pois, repita-se: não há indícios mínimos de que a comunicação realizada pelos criminosos tenha alguma relação com o serviço prestado pelas rés, o que exclui o nexo de causalidade entre a conduta da instituição financeira e os prejuízos infligidos pelos golpistas.

Não se pode imputar às rés a responsabilidade pela evidente falta de cautela do autor com relação à verificação da autenticidade das informações prestadas por terceiro.

Acesso ao Sumário

Ausente nexo causal, fica excluída a aplicação da Súmula nº 479, do C. Superior Tribunal de Justiça, pois a hipótese é de fortuito externo; não respondendo o fornecedor como garante universal ou por responsabilidade integral.

Dessa forma, pode ser mantida integralmente a r.sentença por seus próprios e suficientes fundamentos, em que pese o esforço desenvolvido nas razões de recurso, não havendo necessidade de maior reforço de argumentação além do que acima constou.

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

Desprovido o recurso, fica mantida a verba honorária como fixada pela respeitável sentença, uma vez que já arbitrada no patamar mais elevado previsto

em lei, na medida em que fixada em 10% sobre o valor da causa atualizado a cada uma das rés.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005826-73.2021.8.26.0189, da Comarca de Fernandópolis, em que é apelante BANCO PAN S/A, são apelados LUIS ANTONIO HERRERA e F.C. GOMES ROCHA CONSULTORIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24407)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente sem voto), DANIELA MENEGATTI MILANO e JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA.

São Paulo, 3 de julho de 2024.

NUNCIO THEOPHILO NETO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C PEDIDO INDENIZATÓRIO. Sentença de parcial procedência. Autor que relata que, após realizar portabilidade com representante do banco correquerido, notou que estavam sendo descontados valores relacionados a empréstimos que não contratou. Contratação intermediada por empresa terceira. Alegação do banco de que não possui qualquer relação com a referida empresa. Prova dos autos que atesta a intermediação. Fotos e documentos solicitados ao autor pela empresa correquerida que foram os utilizados para a celebração do contrato digital com o banco apelante, de forma que, se não há parceria entre as duas empresas, há falha de segurança do banco, que permitiu que terceiro formulasse minuta de contrato em seu sistema e encaminhasse para assinatura do autor, gerando assim o estabelecimento de certa confiança, que possibilitou a fraude. Fortuito interno configurado. Responsabilidade objetiva da instituição financeira. Manutenção da devolução em dobro dos valores descontados. In-

Acesso ao Sumário

teligência do quanto decidido no EAResp 600.663-RS.
Sentença mantida
Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Adotado o relatório da sentença de fls. 276/280, complementada pela decisão de fls. 298, que julgou parcialmente procedente a presente ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. com danos morais, acrescenta-se que, inconformado, o requerido Banco Pan S.A. interpôs recurso de apelação.

Em suas razões recursais o apelante alega, preliminarmente, inexistência da relação jurídica entre o Banco Pan e a F.C. Gomes Rocha Consultoria e sua ilegitimidade passiva. No mérito, discorre sobre a validade da contratação digital e que a parte autora realizou transferência para terceiro por mera liberalidade, inexistindo defeito na prestação de serviços do banco. Pugna pela reforma da sentença, para que a ação seja julgada totalmente improcedente e, subsidiariamente, se mantida a anulação do empréstimo, que a devolução dos valores descontados seja simples e não em dobro e que seja determinada a devolução dos valores depositados na conta do autor.

Contrarrazões da corré F.C. Gomes Rocha Consultoria às fls. 411/416 e do autor às fls. 418/425, ambos pugnando pela manutenção da sentença.

O recurso é tempestivo e o preparo foi devidamente recolhido.

Não há oposição ao julgamento virtual.

É o necessário a relatar.

De início, afasto a preliminar de ilegitimidade passiva alegada pelo apelante. A controvérsia dos autos diz respeito justamente a contratos formados entre o autor e o banco requerido, com os quais aquele alega não ter anuído, de forma que é cristalina a legitimidade passiva do Banco apelante.

Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. com danos morais ajuizada por Luis Antonio Herrera em face de Banco Pan S/A e F.C. Gomes Rocha Consultoria, na qual o autor alega que é aposentado e que possuía um empréstimo no Banco do Brasil, o qual foi transferido ao Banco Pan S.A. por meio de portabilidade intermediada pela F.C. Gomes Rocha Consultoria. Informou que após a portabilidade notou que estavam sendo descontados valores em favor do requerido, relacionados a empréstimos que não contratou. Pugnou pela procedência da ação para que sejam declarados nulos os contratos, e que os requeridos sejam condenados ao pagamento dos valores indevidamente cobrados em forma dobrada, bem como ao pagamento de danos morais, em valor não inferior a R$ 15.000,00 (fls. 01/11)

Apresenta conversas de *whatsapp* com representante da corré F.C. Gomes Rocha Consultoria que embasam suas alegações (fls. 15/24).

Acesso ao Sumário

Em contestação, o réu Banco Pan S.A. arguiu, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, pois o autor foi vítima de golpe perpetrado por terceiros. No mérito, alegou: **I)** culpa exclusiva do consumidor, que não agiu com o cuidado esperado; **II)** que em seus meios digitais alerta os clientes sobre segurança e meios de evitar golpes; **III)** inexiste falha na prestação dos serviços do Banco; **IV)** não há qualquer parceria entre o Banco Pan S/A e a empresa F. C. Gomes Rocha. Pugna pela improcedência dos pedidos (fls. 89/102).

Por sua vez, a requerida F.C. Gomes Rocha Consultoria apresentou contestação às fls. 253/261, defendendo a validade do negócio jurídico e alegando que se deu entre o banco réu e o autor, de forma que não deveria responder por eventual ilícito.

A demanda foi, ao final, julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 276/280, complementada pela decisão de fls. 289, nestes termos:

> "*Isto posto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão formulada na inicial, na forma do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para confirmar a tutela de urgência concedida nestes autos e para o fim de DECLARAR inexistente a relação jurídica entre as partes, referente aos contratos averbados sob nº 74560805431 e 74627620191, e CONDENAR solidariamente os réus a restituírem à parte autora, de forma dobrada, os valores descontados indevidamente, bem como aquelas que vieram a ser cobradas no curso da ação, que deverão ser apurados em cumprimento de sentença, com correção monetária desde a data dos respectivos desembolsos e acrescidos de juros legais de 1%, a partir da citação.*"

O recurso não comporta provimento.

De início, registre-se que as disposições do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis às instituições bancárias, consoante a Súmula nº 297 do STJ, inclusive com relação à inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC), cabendo ao réu a prova da regularidade da contratação do empréstimo, encargo do qual não se desincumbiu.

Como já relatado, o autor alega que contratou a portabilidade de empréstimo com o Banco Pan S/A, por intermédio da corré F.C. Gomes Rocha Consultoria e que, posteriormente verificou que estavam sendo descontados do seu benefício previdenciário parcelas referentes a mais dois contratos, com os quais não anuiu.

O apelante alega que, na verdade, a contratação se deu por intermédio de correspondente bancário de nome FACTA V REDONDA PVPA, vinculada ao banco, sendo que a relação jurídica do autor com a empresa F. C. Gomes Rocha Consultoria não tem nenhuma participação do apelante.

Porém, analisando as conversas do autor com o representante da F. C. Gomes Rocha Consultoria (fls. 15/24) e os contratos apresentados pelo Banco Pan S.A. em sua contestação (fls. 103/158), é possível verificar que as fotos e

Acesso ao Sumário

documentos enviados pelo autor nas mensagens virtuais foram utilizados na celebração do contrato.

Desta forma, é inegável a intermediação. No trecho da conversa de fls. 22 é possível verificar que o representante da F. C. Gomes Rocha Consultoria envia ao autor *link* de formalização do negócio, que o apelante reconhece como válido, inclusive tendo apresentado em sua contestação o inteiro teor dos contratos formalizados por meio de tais links.

Caso realmente as duas corrés não possuam nenhuma parceria que autorize tal intermediação, como alega o apelante, é necessário reconhecer a falha de segurança que permite que empresa terceira formule contrato de empréstimo dentro do sistema do banco e encaminhe ao consumidor para assinatura, criando assim uma legitimidade e confiança com a vítima da fraude, que crê estar em contato com representante do banco.

Nessas condições, fica mesmo caracterizado o fortuito interno, em razão da não observância dos deveres de segurança pela instituição financeira e, portanto, o defeito na prestação dos serviços e a responsabilidade objetiva do réu, nos termos da Súmula 479 do STJ:

> *As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.*
>
> Nesse sentido, julgado do STJ:
>
> *RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. RISCO DO EMPREENDIMENTO.*
>
> *1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno.*
>
> *2. Recurso especial provido. (REsp 1199782/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/08/2011, DJe 12/09/2011; grifei)*

Portanto, caracterizada a não observância do dever de segurança pelo réu e a consequente falha na prestação de serviços, a procedência do pedido declaratório de inexistência de relação jurídica, bem como a devolução dos valores indevidamente descontados do autor, era mesmo de rigor.

Quanto à repetição do indébito deve ser mantida em dobro, como consignado na sentença recorrida, posto que a Corte Especial do STJ, no julgamento do EAResp 600663/RS, fixou o seguinte entendimento sobre o tema em questão:

Acesso ao Sumário

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. HERMENÊUTICA DAS NORMAS DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 42 DO CDC. REQUISITO SUBJETIVO. DOLO/MÁ-FÉ OU CULPA. IRRELEVÂNCIA. PREVALÊNCIA DO CRITÉRIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. MODULAÇÃO DE EFEITOS PARCIALMENTE APLICADA. ART. 927, § 3º, DO CPC/2015.

Em decorrência de tal julgamento fixou-se tese no sentido de que "*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.*"

Considerando a superação da jurisprudência aplicada pela Segunda Seção, a Corte Especial do STJ decidiu modular os efeitos da tese fixada, ou seja, restringir a eficácia temporal dessa decisão.

Dessa maneira, definiu que, para os contratos de consumo que não envolvam prestação de serviços públicos (bancários, de seguro, imobiliários e de plano de saúde), o entendimento somente poderá ser aplicado aos indébitos cobrados após a data da publicação do acórdão, ou seja, após 30/03/2021; no presente caso, o suposto contrato é posterior a tal marco.

Quanto ao pleito de restituição ao *status quo ante*, com o autor tendo que devolver os valores depositados em sua conta, não assiste razão ao apelante.

Conforme exposto, o valor não foi usufruído pelo autor, pois foi vítima de fraude perpetrada por falha no sistema de segurança do apelante, portanto, a declaração de inexistência do negócio não deve ter como consequência a devolução do montante pelo autor.

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

Em razão do desprovimento do recurso, de rigor a majoração da verba honorária destinada ao patrono do autor para 12% sobre o valor atualizado da causa, em atenção ao disposto no art. 85, §11, do CPC

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005478-18.2023.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante BRADESCO ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA., é apelado NILSON ANTÔNIO RODRIGUES REMEDI.

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 Dr. Halyson Kowalczuk Novais", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.116)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NEL-

Acesso ao Sumário

SON JORGE JÚNIOR (Presidente), SIMÕES DE ALMEIDA e MÁRCIO TEIXEIRA LARANJO.

São Paulo, 3 de julho de 2024.

NELSON JORGE JÚNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA- INTERESSE DE AGIR- NECESSIDADE DE PEDIDO ADMISTRATIVO PREVIO- NÃO CABIMENTO- INAFASTABILIDADE DE JURISDIÇÃO

-Prévia reclamação administrativa - Necessidade para propositura da ação judicial- Inadmissibilidade- Interesse de agir configurado- Necessidade e adequação na obtenção da prestação da tutela jurisdicional:

- Não há como condicionar a obtenção da tutela jurisdicional, voltada à cobrança de cota cancelada de consorcio, à formulação de prévia reclamação administrativa, diante do que assevera a Norma Constitucional garantidora do acesso à justiça a todo aquele cujos direitos foram lesados por outrem. Interesse de agir configurado.

APELAÇÃO - CONSÓRCIO - CESSÃO DE CRÉDITO DE COTA - ANUÊNCIA DA ADMINISTRADORA - DESNECESSIDADE - CABIMENTO.

- Obrigação de fazer- Cessão de crédito referente a cota de consórcio cancelada - Desnecessidade de prévia anuência da administradora de consórcio- Ausência de prejuízo ao grupo - Suficiência da procuração pública em que o cedente outorga poderes à cessionária para vender, ceder ou transferir para o seu próprio nome ou a quem convier a cota -Anuência da Administradora do Consórcio- Desnecessidade- Procedência mantida:

- Hipótese em que os documentos apresentados nos autos demonstram a cessão do crédito e a notificação do devedor a respeito da transferência - Cessão válida e eficaz, nos termos dos artigos 286 e 290, ambos do Código Civil - Notificação do devedor acerca da cessão, nos moldes do artigo 290 do CC, seguida de recusa injustificada. Desnecessidade de anuência da administradora do consórcio para a validade da cessão por se tratar de cota cancelada em razão de exclusão do

Acesso ao Sumário

consorciado do grupo.
RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Vistos etc.

Trata-se de recurso de apelação tirado da respeitável sentença a fls. 243/245, que **JULGOU PROCEDENTE** o pedido formulado em ação de cobrança movida por NILSON ANTONIO RODRIGUES REMEDI contra BANCO BRADESCO S/A, para condenar a ré a pagar ao autor o valor de R$ 4.998,83, corrigido pela tabela prática do e. Tribunal de Justiça desde a data da contemplação (13/10/2022) e com juros de mora de 1% ao mês desde a citação. Arcará a requerida com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados por equidade, em R$ 1.000,00.

Irresignada a ré apela (fls. 248/262) sustentando a necessidade da reforma da sentença, alegando preliminarmente falta de interesse de agir da apelada, pois ela poderia acessar a cota de consórcios pelo PORTALDO CONSORCIADO. Alega que "s*e a autora possui procuração que lhe dá poderes a receber a restituição de valores em nome do consorciado e a cota estiver contemplada, bastaria comparecer em qualquer agência bancária munido dos documentos necessários para solicitar o resgate*". Requer a extinção do processo com base no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Aponta que houve pagamento do crédito ao consorciado, sendo que a restituição desse valor se trataria de enriquecimento ilícito.

Discorre a respeito da legalidade do contrato, bem como da ciência da que parte adversa tinha de seus termos. Alega que o pedido formulado pela autora é juridicamente impossível de acolhimento, pois a cessão dos direitos deve ser previamente autorizada pela Bradesco Administradora de Consórcio, não podendo ser o Banco Bradesco compelido a registrar a cessão de direito sem a sua necessária anuência.

Aponta que: "*pelo Regulamento de Consórcios é vedada a cessão de crédito, tendo previsão somente quanto a cessão de direitos e obrigações, de modo que todos os pedidos solicitados pelos consorciados e/ou procuradores, deverão ser analisados de forma individualizada, e por isso, a administradora tem o poder soberano de aceitar ou recusar os pedidos, conforme regras contratuais*".

Requer seja acolhida a preliminar, e caso mantida, seja julgada improcedente a ação com a expedição de ofício ao órgão pagador do recorrido, a fim de que a obrigação de limitar os descontos no contracheque possa ser devidamente cumprida.

O recurso é tempestivo, bem-preparado (fls. 305/306) e fica recebido, nesta oportunidade, nos efeitos devolutivo e suspensivo, por não se enquadrar a presente hipótese dentre aquelas elencadas no artigo 1.012, § 1º, do Código de

Acesso ao Sumário

Processo Civil.

O autor contra-arrazoou a fls. 266/276, postulando a manutenção da r. sentença por seus próprios fundamentos.

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 300).

É o relatório.

I. Trata-se de ação de cobrança que NILSON ANTONIO RODRIGUES REMEDI move contra BANCO BRADESCO S/A, na qual alega ter celebrado em 07/02/2022, "Instrumento Particular de Cessão e Transferência de Direitos Creditórios sobre Cota de Consórcio Cancelada", com ALBUQUERQUE CONSTRUÇÕES LTDA, que lhe cedeu e transferiu, todos os direitos creditórios relativos Grupo: 0620 - Cota 314-1 - Contrato 1640468, administrado pelo Bradesco. Narra que, em 16/02/2022, foi-lhe outorgada procuração pública, com poderes especiais para receber valores e dar quitação; procedendo, em 08/08/2022, a notificação do banco réu para ciência da cessão, impugnou o pagamento do crédito a(o) consorciado(a) cedente, sob pena de ter que repetir esse pagamento. Entretanto, embora a cota de consórcio cancelada estar contemplada e o grupo encerrado, a administradora de consórcio deixou de restituir a requerente a importância de R$ 4.998,83. Requer a procedência da ação para que a requerida seja compelida ao pagamento do valor da cota, acrescido de juros e correção desde a data da contemplação.

Não houve pedido de tutela de urgência.

Citado, o réu ofertou contestação, sustentando, preliminarmente, falta de interesse de agir. No mérito, pugnou pela improcedência da pretensão inicial, pois não houve o registro da cessão porque não aprovada previamente pela ré, conforme regulamento do consórcio.

Após réplica, sobreveio a r. sentença de procedência, da qual interposto o presente recurso, que não deve ser provido.

II. A preliminar de falta de interesse de agir não deve ser acolhida, pois a necessidade de prévia tentativa de solução extrajudicial do imbróglio não pode obstar o manejo da competente ação pela parte prejudicada, que não se sobrepuja à Norma Constitucional garantidora do acesso à justiça a todo aquele cujos direitos foram lesados ou ameaçados por outrem.

Há que se consagrar, pois, os princípios constitucionais do artigo 5º, inciso XXXIV, alínea "a", da CF ("*o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder*") e inciso XXX ("*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*").

Desta feita, verifica-se o interesse de agir do apelado, que pretende o pagamento referente à cota cancelada 314-1, grupo 0620, contrato 1640468, no valor de R$ 4.998,83, cujo pagamento foi negado pelo apelado.

O interesse de agir não surge na oportunidade em que a parte apresenta o pedido no âmbito administrativo e ele é indeferido. A busca pela solução extra-

Acesso ao Sumário

judicial constitui tão só a faculdade de o consumidor se valer do procedimento administrativo para a composição de seus interesses; só ele é que poderá decidir pleitear ou não.

Nesse sentido, já decidiu esse E. Tribunal:

"*Apelação. Responsabilidade civil. Ação declaratória de inexistência de relação jurídica, cumulada com pedido de indenização por danos materiais e morais. Sentença de extinção, nos termos do art. 485, inc. VI, do CPC. Justiça gratuita. Admissibilidade. Pedido demonstrado pela requerente. Necessidade da concessão do benefício evidenciada. Requerimento que deve ser deferido. Extinção da ação em razão da ausência de interesse de agir. Inadmissibilidade da exigência de exaurimento da via administrativa. À parte deve ser garantido o devido processo legal, bem como a facilitação do acesso ao Poder Judiciário. Inobservância do art. 320 do CPC, além do Comunicado CG nº 02/2017. Sentença anulada. Recurso da autora provido para afastar a extinção da ação, determinando-se o prosseguimento com a citação do réu para apresentar contestação*". (14ª Vara Cível, Apelação Cível 1004125-66.2021.8.26.0322; rel. THIAGO DE SIQUEIRA; Julgamento 01.09.21).

"*APELAÇÃO CÍVEL - Responsabilidade civil - Contratos bancários - Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com exclusão de apontamento e indenização por dano moral - Sentença de extinção do processo, sem resolução do mérito, por ausência de interesse de agir - Inconformismo do autor - Determinação de aditamento da petição inicial para comprovação de requerimento na esfera administrativa. Descabimento. Comprovada a inscrição, o consumidor tem direito de ação contra o responsável pelo apontamento em rol de inadimplentes. Regularidade da inscrição que é matéria de mérito. Presença do interesse processual. Petição inicial que preenche os requisitos legais e está instruída com documentos suficientes ao processamento do pedido - Sentença anulada para determinar o regular prosseguimento do feito - Recurso provido*". (Apelação Cível 1038948-87.2020.8.26.0100, Relator: Daniela Menegatti Milano, Data de Julgamento: 17/02/2021, 19ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/02/2021).

Ultrapassada a preliminar, de fato, os documentos apresentados pelo apelado demonstram satisfatoriamente a existência do crédito e sua transferência.

O instrumento particular de cessão a fls. fls. 53/55 e a apresentação do instrumento público de procuração (fls. 56/57) são suficientes para demonstrar a existência de negócio jurídico entre o consorciado e o ora apelante, bem como a transferência do crédito titularizado pelo primeiro, pois conforme consta da procuração, foram outorgados poderes especiais para "*para vender ou transferir para seu próprio nome ou a quem convier, a Cota de Consórcio nº 314-1 do Grupo nº 0620, contrato nº 1640468, a disposição dos procuradores o valor aproximado de R$ 5.038,47*".

Acesso ao Sumário

Neste cenário, não se justifica a exigência de anuência prévia da administradora de consórcio, pois a cota fora cancelada, havendo apenas o crédito do consorciado referente aos valores que já foram pagos.

E, na transferência de cota cancelada é despicienda a anuência prévia da administradora de consórcios, pois a mera alteração de titularidade do crédito é insuscetível de trazer qualquer prejuízo ao grupo.

Nesse sentido este E. Tribunal de Justiça vem decidindo, bem como essa 13ª C. Câmara:

*Apelação - Ação de obrigação de fazer, cumulada com pedido de tutela provisória - Improcedência - Cessão de cota de consórcio cancelada - Procuração pública que se mostra suficiente para demonstrar que a cedente outorgou poderes à cessionária para vender, ceder ou transferir para o seu próprio nome ou a quem convier a cota cancelada - **Desnecessidade de anuência da administradora do consórcio para a validade da cessão por se tratar de cota cancelada por exclusão do consorciado do grupo** - Cessão que implica apenas na transferência de direitos e não de obrigações mútuas que possam prejudicar os interesses do grupo e da administradora de consórcio - Notificação da instituição financeira acerca da cessão de direitos, nos termos do art. 290 do Código Civil devidamente realizada - Cessão de crédito que deve ser anotada nos registros de administradora de consórcio - Ação que deve ser julgada procedente - Recurso provido para tanto.*

(TJSP; Apelação Cível 1118185-73.2020.8.26.0100; Relator (a): Thiago de Siqueira; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 21ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/03/2023; Data de Registro: 16/03/2023). G.n.

*Ação declaratória cumulada com obrigação de fazer - ilegitimidade passiva do banco - ausência de interesse recursal - consórcio - instrumento particular de cessão e transferência de direitos creditórios sobre cota de consórcio cancelada - **desnecessidade de prévia e expressa anuência da administradora do consórcio** - cessão de crédito de cota de consórcio cancelada sem a admissão de novo consorciado - notificação da cessão realizada - **administradora de consórcio que deve manter em seus registros o controle acerca da alteração do titular do crédito, sob pena de ser responsabilizada pelo pagamento em duplicidade, nos termos do art. 312 do Código Civil** - ação julgada procedente - sentença mantida - recurso improvido, na parte conhecida.*

(TJSP; Apelação Cível 1015359-32.2021.8.26.0100; Relator (a): Coutinho de Arruda; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/09/2022; Data de Registro: 04/10/2022) g.n.

Acesso ao Sumário

"CONTRATO - Consórcio - Cessão de crédito de cota cancelada à autora - Regularidade - Notificação extrajudicial do ato dando ciência à instituição bancária demandada - Observância do disposto nos arts. 286 e 290 do Código Civil - ***Desnecessidade da prévia anuência do devedor - Cessão que apenas acarretou a transferência de direitos, e não de obrigações*** *- Alteração da titularidade da cota cancelada que não implica prejuízo ao grupo de consórcio - Pretensão da cessionária de anotação no sistema interno do banco réu a cessão havida - Recusa que não se justifica - Precedente do C. STJ - Contemplação da cota do consórcio após interposição do apelo e realização de pagamento administrativo pelo demandado à titular originária por meio do cheque endossado em favor da demandante - Fato que implica o reconhecimento jurídico da validade da cessão havida, bem ainda do pedido inicial, uma vez que por intermédio desta ação a autora pretendia compelir o réu a anotar a cessão em seu sistema, a fim de garantir seu direito ao recebimento oportuno do crédito - Perda de interesse recursal não configurada - SENTENÇA REFORMADA - AÇÃO PROCEDENTE - RECURSO PROVIDO." (TJSP; Apelação Cível 1116483-92.2020.8.26.0100; Relator: Heraldo de Oliveira; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 12ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/02/2022; Data de Registro: 02/02/2022). G.n.*

No mais, verifica-se que o apelado notificou a apelante a respeito da cessão, em 05/08/2022 (fls. 62/67), apresentando o instrumento de procuração e comunicando que o pagamento lhe deveria ser feito, nos termos do artigo 290, do mesmo diploma:

"*A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.*"

Assim, se ele pagou o crédito ao consorciado em 14/10/2022, conforme documento de fls. 254, após ter sido devidamente notificado, , pagou de forma equivocada e portanto, pagará duas vezes.

Logo, sendo válida a cessão, não havia motivo para recusa ao pagamento da cota, como na espécie.

II. Ante o exposto, pelo meu voto, **nega-se provimento ao recurso.**

Majora-se a verba honorária advocatícia devida ao patrono do apelado, diante do não provimento do recurso, para R$1.200,00, com fulcro no art. 85, §§ 2º e 11°, do novo Código de Processo Civil.

Respeitadas as decisões dos tribunais superiores, pelas quais vêm afirmando ser preciso o pré-questionamento explícito dos dispositivos legais ou constitucionais inferidos violados e a fim de ser evitado eventual embargo de declaração, tão só para esse fim, por falta de sua expressa referência na decisão

Acesso ao Sumário

então proferida, ainda que examinado de forma implícita, dou por pré-questionados os dispositivos legais e/ou constitucionais apontados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1020160-83.2023.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante FABIO SILVA GARCIA, é apelada COMPANHIA DE GÁS DE SÃO PAULO COMGÁS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30469)**

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

São Paulo, 4 de julho de 2024.

ROBERTO MAIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação declaratória e indenizatória por danos materiais e morais, em razão de inscrição do nome do autor, nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito, por iniciativa da empresa ré. Sentença que julgou os pedidos procedentes para declarar a inexigibilidade do débito, bem como condenar a ré a pagar ao autor a quantia de R$ 2.000,00 pelos danos morais. Ré condenada a arcar integralmente com os ônus decorrentes da sucumbência. Apelação exclusiva do autor requerendo a majoração do quantum indenizatório. Com razão. Não se pode perder de vista que, além do viés compensatório, a indenização por dano moral também tem por escopo reprimir e prevenir atitudes abusivas, especialmente contra consumidores, com o intuito de inibir novas e outras possíveis falhas na prestação do serviço. Valor da indenização que deve ser majorado para R$ 13.200,00, conforme expressamente pleiteado na inicial, com atualização desde a data da sessão de julgamento (Súmula nº 362 do STJ). Incidirão juros de 1% ao mês desde a citação, haja vista que a responsabilidade é contratual uma vez que há avença firmada entre as partes. Ho-

Acesso ao Sumário

norários recursais não fixados. Apelo provido.

VOTO

RELATÓRIO:

Trata-se de ação declaratória e indenizatória por danos morais proposta em 29.06.2023 por *Fabio Silva Garcia* em face de *Comgás - Companhia de Gás de São Paulo*. Alega o autor, quanto aos fatos, que "*é cliente da requerida, e em 11/05/2023 recebeu um email de cobrança, informando que não havia sido identificado o pagamento da conta de gás vencida em 06/03/2023, referente a fatura de março de 2023, no valor de R$127,15. Se o pagamento não fosse efetuado, o CPF seria protestado, e o fornecimento de gás seria interrompido a qualquer momento. (...) O autor estava viajando, e quando retornou foi procurar o comprovante de pagamento, e verificou que realmente havia esquecido de pagar referida conta, e efetuou o pagamento no dia 16/05/2023. (...) Após efetuar o pagamento, esqueceu do assunto. Contudo, para sua surpresa, no dia 19/05/2023 recebeu um Aviso de Protesto do Cartório, solicitando seu comparecimento no local. (...) Procurou o Tabelionato, e lhe informaram que havia um protesto em seu nome, efetuado por ordem da Comgás, que deveria ser pago, assim como as custas de protesto, para que fosse efetuada a baixa. Também entrou em contato telefônico com a requerida, onde lhe informaram que o título constava como pago, e que seria efetuada a baixa do protesto. Contudo, até a presente data, a requerida NÃO deu baixa no protesto indevido em seu nome. Ao solicitar uma certidão de protesto, verificou que apesar do pagamento ter sido efetuado no dia 16/05/2023, a requerida enviou o título ao Tabelião de Protesto no dia seguinte, o qual foi efetivamente protestado no dia 23/05/2023. (...) Já se passou mais de um mês desde o protesto indevido, e a requerida se mantém inerte em efetuar o cancelamento e baixa do mesmo. Assim, não restou outra alternativa ao autor, senão a propositura da presente ação judicial*" (fls. 02/05). **À vista disso, o autor pugna pela** "*PROCEDÊNCIA da presente, com a declaração de inexigibilidade do título 02081309426, e o cancelamento em definitivo do protesto efetuado junto 1º Tabelião de Protesto de Letras e Títulos de São Bernardo do Campo por indicação da requerida em 24/05/2023 no valor de R$ 127,15 efetivando assim, OS EFEITOS DA TUTELA DE URGÊNCIA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE, e a condenação da requerida no pagamento de indenização por danos morais no importe de R$13.200,00 (...), pelas razões anteriormente narradas, devidamente corrigidos e acrescidos de juros, bem como ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios a serem arbitrados por Vossa Excelência*" (fls. 15). Atribuiu à causa o valor de R$ 13.327,15 (fls. 30 em emenda à exordial).

Foi deferido "*o pedido de tutela provisória de urgência para determinar a suspensão dos efeitos de eventual protesto do título documentado às fls. 21/22*

Acesso ao Sumário

- R$127,15, nos termos do art. 300, §1º, do CPC, em 48 horas" (fls. 41).

Sobreveio sentença a fls. 136/140 com o seguinte dispositivo "*Ante o exposto, tornam-se definitivos os efeitos da tutela de urgência e acolhe-se o pedido formulados na ação para (i) declarar a inexigibilidade do protesto realizado (R$ 127,15 - vencimento: 06/03/2023) e (ii) condenar a requerida ao pagamento de R$ 2.000,00 a título de indenização por danos morais. Esses valores deverão ser corrigidos pelos índices da Tabela Prática do TJSP, desde a publicação da sentença, bem como acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação. Condeno a parte vencida ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios sucumbenciais, os quais fixo em 20% sobre o valor da condenação. Com o trânsito em julgado, não havendo requerimentos, proceda-se ao arquivamento do feito, com a devida baixa nas estatísticas. Sentença registrada eletronicamente (art. 72, § 6º, das NSCGJ). Publique-se. Intimem-se*" (fls. 139/140).

Apela o autor (fls. 143/150) pleiteando a reforma parcial da r. decisão alegando, em resumo, que **(A)** *"passou mais de um mês com seu nome negativado, em razão da inércia da apelada em efetuar o cancelamento e baixa do mesmo*" (fls. 145); **(B)** "*A requerida é uma das maiores companhias de distribuição de gás do país, e essa irrisória condenação de apenas R$ 2.000,00 (...), equivalente a praticamente 1,5 salários mínimos, significa praticamente uma premiação, um incentivo, por não dizer uma impunidade, para essa forma temerária de agir perante seus clientes*" (fls. 146); e **(C)** "*O valor da indenização deve ser compatível tanto com as condições de quem requer, quanto para quem está sendo requerido, razão da reforma do julgado para majoração do valor ao 'quantum pleiteado' a título de danos morais, ou seja, dez salários mínimos*" (fls. 146).

Houve contrarrazões pugnando pela manutenção do decidido (fls. 157/163 e 164/170).

FUNDAMENTAÇÃO:

Ab initio, verifica-se que o apelo é tempestivo e o preparo foi recolhido (fls. 151/153).

No mais, não conheço das contrarrazões de fls. 164/170, tendo em vista a ocorrência da preclusão consumativa com a juntada de outras contrarrazões de fls. 157/163.

Transpondo-se ao mérito, aqui se discute apenas o *quantum* indenizatório em razão do prejuízo moral sofrido pelo autor.

Pois bem.

Não se pode perder de vista que além do viés compensatório, a indenização por dano moral também tem por escopo reprimir e prevenir atitudes abusivas, especialmente contra consumidores, com o intuito de inibir novas e outras possíveis falhas na prestação do serviço.

Acesso ao Sumário

Assim, no arbitramento do dano moral devem ser levadas em consideração as condições pessoais do ofendido, as condições econômicas do ofensor, o grau de culpa e gravidade dos efeitos do evento danoso, a fim de que o resultado não seja insignificante, a ponto de estimular a prática de atos ilícitos, nem represente enriquecimento indevido da vítima.

No caso em tela inexistem maiores informações sobre a situação econômica do apelante, a não ser a sua profissão de "*vendedor técnico*" (fls. 01). Já a empresa recorrida é pessoa jurídica de grande porte, sendo de medianas proporções as consequências do ato danoso.

Por estas razões, o valor de R$ 2.000,00, arbitrado pelo douto juízo monocrático a título de danos morais, deve ser majorado para R$ 13.200,00, conforme expressamente pleiteado na inicial (fls. 15, item 06), atualizados desde a data da presente sessão de julgamento (Súmula nº 362 do STJ), em conformidade à Tabela Prática de Atualização de Débitos Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e com juros de 1% ao mês desde a citação, por ser a responsabilidade contratual uma vez que há avença firmada entre as partes. Ressalta-se que correção monetária e juros de mora podem ser fixados de ofício, não havendo necessidade de a parte pleiteá-los expressamente e não representam violação ao princípio da congruência.

Deste modo, de rigor o provimento do apelo do autor para se majorar o *quantum* indenizatório.

No mais, não se majoram os honorários advocatícios, com fulcro no artigo 85, §11 do Código de Processo Civil, pois isto só deve ocorrer quando o recurso **não for conhecido** ou **não for provido** já que, assim agindo, o recorrente provocou indevida movimentação da instância recursal. Assim já decidiu o STJ sob o regime dos **recursos repetitivos:**

> REsps 1865553/PR, 1865223/SC e 1864633/RS (tema 1059) tese firmada: "*A majoração dos honorários de sucumbência prevista no art. 85, § 11, do CPC pressupõe que o recurso tenha sido integralmente desprovido ou não conhecido pelo tribunal, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente. Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC em caso de provimento total ou parcial do recurso, ainda que mínima a alteração do resultado do julgamento ou limitada a consectários da condenação*".

Se dão como prequestionados todos os dispositivos constitucionais e legais ventilados na apelação e nas contrarrazões, não sendo preciso transcrevê-los aqui um a um.

DISPOSITIVO:

Diante do exposto, voto pelo **provimento**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001076-87.2023.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante NEW TRADE FUNDO INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS MULTISSETORIAL, é apelado VOTUPORANGA COMÉRCIO DE PRODUTOS DE MODA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.542)**

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

São Paulo, 4 de julho de 2024.

RICARDO NEGRÃO, Relator

Ementa: PEDIDO DE FALÊNCIA - Cessão de Duplicatas - Sentença de extinção com fundamento na ausência de notificação da cessão do crédito à Devedora (CPC, art. 290) - Razões de reforma na qual a autora suscita nulidade por decisão surpresa e extra petita - Cabimento - Alegação de ter havido suficiente comunicação da cessão de crédito à Devedora - Ausente oportunização para comprovação do alegado - Retorno dos autos à Origem - Extinção afastada - Apelo provido.

Dispositivo: Dão provimento ao recurso.

VOTO

Recurso de apelação interposto por New Trade Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Multissetorial dirigido à r. sentença em fl. 183-185 proferida pelo Exmº. Dr. Camilo Resegue Neto, MM. Juiz de Direito da E. 3ª Cível da Comarca de Votuporanga, que extinguiu sem análise de mérito o pedido de falência promovido contra Votuporanga Comércio de Produtos de Moda Ltda.

O DD. Magistrado assim decidiu:

[..]

Analisando-se os autos, nota-se que o autor não é o credor originário do débito que embasou o pedido de falência. Trata-se de empresa cessionária de crédito, tendo o crédito sido cedido pela Indústria de Calçados Birigui (fls. 134/142).

Ocorre que o autor, ora cessionário do crédito, não comprovou ter feito a

Acesso ao Sumário

comunicação da cessão de tal crédito à devedora, ora ré, como exige o artigo 290do Código Civil.

[..]

No entanto, o artigo 290 é claro ao expressar que a cessão não produzirá efeito em relação ao devedor enquanto não lhe for notificada.

Deve-se salientar que o fato de constar no instrumento de protesto o nome do cessionário como cedente não supre a formal notificação do devedor.

Tratando-se de pedido de falência, medida extrema que pode interferir e atingir uma empresa de maneira prejudicial e muitas vezes irreversível, deve-se aplicar com rigor os requisitos previstos no artigo 290 do Código Civil referentes à cessão de crédito.

Portanto, o autor não tem legitimidade para formular pedido de falência com base no referido débito da ré.

Diante de todo o exposto, INDEFIRO a petição inicial, com fundamento no artigo 330, II, c.c. artigo 485, I, ambos do Código de Processo Civil, e JULGO EXTINTA a presente ação, sem resolução do mérito, pela ilegitimidade ativa, nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil.

Indevidos ônus de sucumbência, por não ter havido citação da ré.

Inconformada, a autora suscita nulidade da r. sentença em razão de se tratar de decisão surpresa e julgamento extra petita. Afirma não lhe ter sido oportunizado demonstrar a ciência da Devedora em relação à cessão do crédito havida, bem como, relata ter formalizado a notificação neste sentido. Protesta pela devolução à Origem para análise do alegado (fl. 191-215).

Recurso tempestivo (fl. 187). Preparo foi comprovado em fl. 231-232.

Contrarrazões em fl. 278-280 na qual insiste-se ter havido inobservância do disposto no art. 290 do Código Civil, de maneira que a r. sentença deve prevalecer.

O Ministério Público opina pela anulação da r. sentença e retorno dos autos à origem para que a autora comprove a notificação nos termos do art. 290 do Código Civil (fl. 298-301).

Autos conclusos aos 28 de novembro de 2023 (fl. 302).

É o relatório.

Trata-se de pedido de falência ajuizado sob fundamento de impontualidade. Alega a Apelante ser credora de título líquido, exequível, inadimplido e regularmente protestado.

Afirma ter adquirido direitos creditícios emitidos em desfavor da Apelada e esta última, embora protestada, manteve-se inadimplente.

Insiste ser desnecessária a notificação a que alude o a r. sentença, porém, ao julgar extinto o pedido, o Magistrado proferiu decisão surpresa e cerceou seu direito de defesa, uma vez que possui condições de demonstrar a ciência da Apelada em relação a cessão dos créditos.

Com razão a recorrente.

Acesso ao Sumário

O DD. Magistrado entendeu ausentes os elementos essenciais ao deslinde do feito, porém, não oportunizou à Autora manifestar-se neste sentido e extinguiu o feito liminarmente.

A comprovação da notificação da cessão e feitos falimentares é prestigiada na jurisprudência, conforme precedente:

> PEDIDO DE FALÊNCIA. Requerimento feito com base em cessão de crédito materializada em confissão de dívida. Determinação de demonstração de que houve notificação da devedora, a respeito da cessão. Inconformismo. Possibilidade, nos termos do art. 290 do CC. Precedentes deste Tribunal. Não provimento. (TJSP; Agravo de Instrumento 2058782-44.2015.8.26.0000; Relator (a): Enio Zuliani; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Guarulhos - 8ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 29/04/2015; Data de Registro: 05/05/2015)

Ocorre que, a Recorrente insiste na regularidade da cessão de crédito havida, bem como, ciência da devedora. Necessário, portanto, que lhe seja permitido comprovar essa regularidade.

Em razão do exposto, dá-**se provimento ao recurso e anula-se a r. sentença de extinção**, determinando-se o retorno dos autos à Origem para oportunizar à recorrente a comprovação do alegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008572-58.2021.8.26.0529, da Comarca de Santana de Parnaíba, em que são apelantes JOSÉ EDIVALDO DA SILVA (ESPÓLIO), JOSEFA MARIA DA CONCEIÇÃO (JUSTIÇA GRATUITA), DANUBIA MARIA DA SILVA OLIVEIRA (HERDEIRO), DENISE MARIA DA SILVA (HERDEIRO) e DANIEL JOSE DA SILVA (HERDEIRO), são apelados EVERALDO SEVERINO DA SILVA e IVONETE MARIA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37419)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente sem voto), ADEMIR BENEDITO e MIGUEL PETRONI NETO.

São Paulo, 5 de julho de 2024.

FÁBIO PODESTÁ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. Ação ajuizada pelos apelantes contra o irmão, ob-

jetivando a reintegração na posse do imóvel. Esbulho não demonstrado. Ação julgada improcedente. Composse exercida pelos réus sobre a laje do imóvel dos autores. Incidência ao caso do direito real de laje (CC, art. 1.225, XIII e 1.510-A). Sentença confirmada. Sucumbência recursal. Art. 85, § 11, do CPC. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta por **JOSÉ EDIVALDO DA SILVA, JOSEFA MARIA DA CONCEIÇÃO, DANUBIA MARIA DA SILVA OLIVEIRA, DENISE MARIA DA SILVA E DANIEL JOSE DA SILVA** contra a r. sentença proferida às fls. 827/834, integralizada à fl. 854, cujo relatório adoto, que **julgou improcedente** os pedidos formulados em "*ação de reintegração de posse com pedido de expedição de mandado liminar inaudita altera pars c/c perdas e danos*" ajuizada em face de **EVERALDO SEVERINO DA SILVA E IVONETE MARIA SILVA**, condenando-os ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 2.000,00, com a ressalva da gratuidade da justiça.

Sustentam os autores, às fls. 857/889, em síntese: **(a)** da habilitação dos herdeiros por sucessão processual (fl. 860, item I.A); **(b)** da justiça gratuita (fl. 860, item I.B); **(c)** o Magistrado utilizou de instituto da laje que não poderia ser aplicável ao caso em tela (fl. 871, primeiro parágrafo); **(d)** não foi comprovada a sociedade no terreno (fl. 872, terceiro parágrafo); **(e)** os Apelados, mediante esbulho possessório, residem no local sem a anuência dos Apelantes (fl. 872, penúltimo parágrafo); **(f)** os Apelantes, na sentença proferida nos autos da Oposição de nº 1004424-43.2017.8.26.0529 à ação de nº 1002551-08.2017.8.26.0529, sentença esta ignorada pelo Magistrado de Primeira Instância, foram declarados os únicos proprietários do imóvel objeto da matrícula nº 94.746, no Registro de Imóveis de Barueri (fl. 873, segundo parágrafo); **(g)** os Apelados agem de modo a provocar os Apelantes em sua própria residência (fl. 884, último parágrafo); e **(h)** esbulho possessório nos termos do art. 1.210 do CC e 560 e sgtes. do CPC (fl. 886, item C).

Recurso tempestivo (fls. 856/857), isento de preparo com relação à coautora Josefa Maria da Conceição (fl. 562) e contra-arrazoado às fls. 1.104/1.118.

É o relatório do essencial.

Anoto, inicialmente, que já houve a habilitação dos herdeiros nos autos e que o pedido de gratuidade da justiça restou prejudicado diante da desistência pelos apelantes e do recolhimento do preparo recursal (cf. fls. 1.153/1.160).

O recurso não comporta provimento.

Trata-se de *ação de reintegração de posse com pedido de expedição de*

Acesso ao Sumário

mandado liminar inaudita altera pars c/c perdas e danos ajuizada por JOSÉ EDIVALDO DA SILVA E JOSEFA MARIA DA CONCEIÇÃO em face de EVERALDO SEVERINO DA SILVA E IVONETE MARIA SILVA.

No caso, os réus alegam que ajudaram a comprar o terreno e a construírem a residência.

E, efetivamente, o conjunto probatório destes autos, bem como dos autos da ação de adjudicação compulsória (proc. nº 1002551-08.2017.8.26.0529), e da oposição (proc. nº 1004424-43.2017.8.26.0529), indicam que, embora não existam provas concretas da aquisição comum do terreno em discussão, houve autorização pelo autor José Edivaldo da Silva para que seus irmãos, Manoel Messias e o corréu Everaldo Severino da Silva, construíssem no imóvel.

A r. sentença proferida naqueles autos, confirmada pelo Juízo "*ad quem*" assim afirmou:

> "*(...) Em que pese José Gilberto e Susete terem sugerido em seus depoimentos que a venda do imóvel ocorreu para os 3 irmãos, não há nenhuma prova nos autos que corrobore que Manoel Messias e Everaldo contribuíram com o preço avençado como compradores.* ***Toda a negociação foi realizada de maneira informal****, e por culpa do autor e opoentes, que não tiveram a cautela de formalizar a compra. Diante desse cenário, me parece crível que* ***a participação dos irmãos foi emprestando uma pequena parte faltante para integralização do preço, existindo posteriormente autorização do autor para que os irmãos construíssem casas em seu terreno****. Entretanto, não há como negar a adjudicação compulsória, já que em nenhum momento os requeridos negaram que foi efetuada a venda do imóvel com a quitação integral do preço. Agiram correto ao negar a escritura administrativamente, sem a intervenção judicial, já que a forma como ocorreu a compra, de maneira confusa por parte do comprador, criou nos vendedores uma dúvida razoável sobre a real propriedade do imóvel. Em suma, a despeito da negociação confusa, as provas denotam que o preço foi quase integralmente pago por José Edvaldo, em razão de ter sido contemplado com um automóvel em um sorteio, não existindo prova do valor da contribuição dos outros irmãos. Assim, não existindo prova de que essa contribuição foi realizada como co-compradores, já que não existiu contrato, o mais lógico é o entendimento de que essa contribuição pequena em relação ao preço total do imóvel, ocorreu a título de empréstimo. (...)*" (fl. 187 dos autos do processo nº 1002551-08.2017.8.26.0529, destaquei).

Desse modo, efetivamente, ficou evidenciada a composse exercida pelos réus sobre a laje do imóvel dos autores, que foi cedida sem prazo certo.

Assim, correta a incidência ao caso dos autos do direito real de laje previsto no art. 1.225, inciso XIII, do CC, haja vista que os réus obtiveram posse

Acesso ao Sumário

derivada da autorização do autor para construírem edificação no imóvel, por longo período.

Observe-se que a *Ata Notarial de Constatação* de fls. 713/716 indica que os réus moram há vinte e quatro anos no imóvel e que, em 1999, edificaram o primeiro pavimento do imóvel.

E o próprio autor reconhece que convidou os irmãos para saírem do aluguel e edificarem no referido imóvel:

> *"Assim, insta esclarecer que ao contrário do que afirmam na ATA notarial quando o Autor adquiriu o imóvel, este já possuía uma casa a qual morou com sua esposa e seus filhos em ato continui, foi construindo mais edificações e* ***convidou os irmãos para que saíssem do aluguel e obtivessem renda sem pagar aluguel para terceiros e pudessem construir seus respectivos imóveis,*** *ou seja, o Autor sempre agiu com as melhores intenções com seus familiares."* (fl. 728, último parágrafo, destaquei).

O direito real de laje dos réus é tratado e protegido no art. 1.510-A do Código Civil[1].

E, como corretamente afirmado na r. sentença apelada, "*sobre a laje do irmão na edificação os autores jamais tiveram qualquer posse, como indica seu silêncio a respeito e a tentativa de fazer da propriedade o elemento jurídico que lhe habilitasse ao remédio possessório, o que, como se disse, não funciona, já que a posse possui autonomia e distinção jurídica da propriedade, evidentemente dos autores, a partir das soluções judiciais e transcrição matricular*" (fl. 831, segundo parágrafo), e "*tendo a parte autora cedido e anuído que a requerida construísse na parte superior de seu imóvel, a pretensa retomada não se compatibiliza com a boa-fé objetiva*" (fl. 833, antepenúltimo parágrafo).

Destarte, não havendo argumentos capazes de infirmar a improcedência da pretensão inicial, a r. sentença deve ser mantida.

Nos termos do art. 85, § 11, do CPC, majoro a verba honorária devida pelos autores para R$ 2.500,00, ainda com a ressalva da gratuidade da justiça.

1 *Art. 1.510-A. O proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)*
§ 1 o O direito real de laje contempla o espaço aéreo ou o subsolo de terrenos públicos ou privados, tomados em projeção vertical, como unidade imobiliária autônoma, não contemplando as demais áreas edificadas ou não pertencentes ao proprietário da construção-base. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)
§ 2 o O titular do direito real de laje responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre a sua unidade. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)
§ 3 o Os titulares da laje, unidade imobiliária autônoma constituída em matrícula própria, poderão dela usar, gozar e dispor. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)
§ 4 o A instituição do direito real de laje não implica a atribuição de fração ideal de terreno ao titular da laje ou a participação proporcional em áreas já edificadas. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)
§ 5 o Os Municípios e o Distrito Federal poderão dispor sobre posturas edilícias e urbanísticas associadas ao direito real de laje. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)
§ 6 o O titular da laje poderá ceder a superfície de sua construção para a instituição de um sucessivo direito real de laje, desde que haja autorização expressa dos titulares da construção-base e das demais lajes, respeitadas as posturas edilícias e urbanísticas vigentes. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017).

Ante ao exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1032113-31.2022.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante BANCO SAFRA S/A, é apelada ZELINA CIRINA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U. Compareceu para sustentar oralmente o Dr. Maximiano Fernandes Iglesias Silva de Abreu.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 56.538)**

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

São Paulo, 3 de julho de 2024.

THIAGO DE SIQUEIRA, Relator

Ementa: Ação declaratória de inexistência contratual, cumulada com indenização por danos materiais e morais e pedido de tutela de urgência - Contratação de empréstimos consignados negada pela autora - Sentença de procedência - Autora que impugnou as assinaturas lançadas nos instrumentos contratuais apresentados pela instituição financeira - Réu que não se desincumbiu do ônus de comprovar a regularidade e legitimidade das contratações, já que, em que pese devidamente intimado, deixou de realizar o depósito dos honorários periciais - Ônus da prova que cabe a quem produziu o documento - Artigo 429, inciso II, do CPC - Declaração de nulidade dos contratos e ressarcimento dos valores descontados do benefício previdenciário da autora que comportam prevalecer - Dano moral - Ocorrência configurada - Quantificação - Montante estimado pelo douto Magistrado, contudo, que merece ser reduzido - Sentença reformada em parte - Recurso do réu parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença (fls. 211/216), proferida pelo douto Magistrado Lincoln Antônio Andrade de Moura, cujo relatório se adota, julgou procedente a presen-

te ação declaratória de inexistência contratual, cumulada com indenização por danos materiais e morais e pedido de tutela de urgência ajuizada por ZELINA CIRINA DOS SANTOS contra BANCO SAFRA S/A., para: *A) DECLARAR a nulidade do contrato descrito na inicial, bem como a inexigibilidade do débito deles decorrentes; B) CONDENAR ao requerido o ressarcimento dos valores descontado do benefício previdenciário da autora, referentes a tais contratos, a serem apurados em fase de liquidação de sentença, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora desde a data de cada desconto, de forma simples. C) CONDENAR o réu ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de a título de indenização por danos morais, corrigidos monetariamente deste a presente data e acrescido de juros desde citação. Vencido, condeno o réu ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como verba honorária advocatícia, que arbitro em 10% do valor da condenação.*

O réu opôs embargos de declaração (fls. 221/226), os quais foram acolhidos para incluir no dispositivo da sentença a seguinte redação: "*(...) DETERMINAR o ressarcimento dos valores depositados na conta corrente da autora, R$ 5.894,13, R$ 663,27 (fls. 170), R$ 540,00 (fls.171), R$ 439,84, R$ 439,84 (fls. 174) e R$ 1.169,42 (fls. 175), corrigidos monetariamente desde a data de cada depósito, pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, sem incidência de juros, pela autora, autorizando, desde logo, a compensação com o valor da condenação*".

Irresignado, apela o réu, asseverando que os três contratos de empréstimos impugnados pela autora foram devidamente realizados, uma vez que os instrumentos contratuais foram assinados, além de que os valores das operações foram creditados em conta corrente de titularidade da apelada, conforme provas apresentadas nos autos. Defende que a olho nu é possível concluir pela ausência de fraude na assinatura aposta nos documentos, já que guardam semelhança com a constante na procuração trazida junto da inicial. Pontua inexistir dano material a ser ressarcido, tampouco dano moral, em razão da ausência de provas a respeito de constrangimento, dor, vexame, afetação psicológica ou qualquer lesão supostamente sofrida pela autora. Subsidiariamente, requer a redução do *quantum* indenizatório arbitrado, *bem como que seja afastada a condenação a restituir os valores descontados na forma dobrada, uma vez que não houve má-fé da Apelante, sendo autorizada a compensação.* Postula, por tais razões, a reforma da r. sentença (fls. 230/246).

Recurso tempestivo, preparado e recebido. Houve apresentação de contrarrazões (fls. 252/255).

É o relatório.

A autora ajuizou a presente ação, conforme detalhadamente relatado em sentença, "alegando, em suma que, existem três contratos junto ao requerido desconhecidos.

Acesso ao Sumário

Aduz que entrou em contato com o requerido para solucionar a questão, sem êxito. Alega ainda que até o momento houve desconto de R$ 12.339,80 de seus benefícios. Assim, requereu a concessão de tutela antecipada para suspensão dos descontos que vem ocorrido em seus benefícios e, ao final, a confirmação da tutela com a declaração de inexigibilidade dos contratos, bem como condenação do requerido ao ressarcimento de todos os valores debitados indevidamente e, ainda, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 12.000,00.

Com a inicial, vieram os documentos de fls. 08/29.

Decisão de fls. 30/31 indeferiu a liminar pretendida.

Citado, o requerido apresentou contestação alegando, em suma, inexistência de invalidade nos contratos. O contrato nº 13060876 fora formalizado em 24/01/2020, devidamente assinado pela autora, sendo liberado o valor de R$ 439,84 em conta corrente da requerente, a ser pago em 72 parcelas no valor de R$ 12,30, cada. O contrato nº 12161750, fora celebrado em 04/11/2019 e liberado em conta corrente da autora o valor de R$ 540,00 a ser pago em 72 parcelas no valor de R$ 15,30. Por fim, o contrato nº 11805376, fora formalizado em 30/09/2019, sendo liberado o valor de R$ 5.894,13, a ser pago em 72 parcelas no valor de R$ 164,40, cada.

O contrato nº 13784934 fora formalizado em 08/04/2020, no valor de R$ 8.169,42, sendo utilizado o valor de R$ 6.991,15 para liquidar os contratos nº 11805376, 12161750 e 13060876 e, o troco no valor de R$ 1.169,42 depositado em conta corrente de titularidade da autora. Avençou-se o pagamento em 72 parcelas no valor de R$ 191,70, cada.

Houve ainda a contratação de empréstimo no valor de R$ 439,84, em 24/01/2020, para pagamento em 72 parcelas de 12,30 (contrato nº 13059757) e, contrato nº 11806234, em 30/09/2019, no valor de R$ 663,27, a ser pago em 72 parcelas no valor de R$ 18,50.

Todos os instrumentos foram assinados pela autora, bem como os dados fornecidos no momento das contratações são aqueles indicados na inicial. Portanto, os contratos são válidos e, firmados de espontânea vontade pela autora.

Ademais, foram firmados há mais de 2 anos, não sendo crível que somente agora, a autora notou os descontos em seu benefício. Não houve dano material, eis que os valores descontados decorrem dos contratos firmados. Caso a demanda seja procedente, a autora deverá restituir os valores creditados em sua conta corrente. Não houve dano moral.

Réplica às fls. 135 e seguintes.

Às fls. 145/146, o requerido comparece aos autos alegando inépcia da inicial, por ausência de documento essencial a propositura da demanda, qual seja, RG da parte autora.

Instadas a especificarem provas, a autora pugnou por produção de perícia

Acesso ao Sumário

grafotécnica e contábil e o requerido por expedição de ofício ao Banco Bradesco a fim de se verificar a existência de crédito referente aos empréstimos em conta corrente de titularidade da parte autora.

Decisão saneadora às fls. 153/156, determinando a realização de perícia grafotécnica.

Decisão de fls. 202 homologou os honorários periciais, determinando que o requerido efetuasse o recolhimento.

Despacho de fls. 207, novamente intimou a instituição a realizar o depósito."

O douto Magistrado houve por bem, então, julgar procedente a ação, a fim de declarar a nulidade dos contratos descritos na inicial, bem como para condenar o requerido à devolução simples dos valores descontados do benefício previdenciário da autora e ao pagamento de indenização por danos morais arbitrados no importe de R$ 10.000,00, autorizada a compensação.

Com a devida vênia, referido entendimento deve ser parcialmente alterado, unicamente para reduzir o quantum indenizatório.

O presente caso deve ser solucionado à luz do Código de Defesa do Consumidor, aqui aplicável por força de seu artigo 3º, parágrafo 2º (vide neste sentido a Súmula n. 297 do E. Superior Tribunal de Justiça), e perante o qual a responsabilidade do banco, como prestador de serviços, é, inclusive, de caráter objetivo, consoante se infere do disposto no artigo 14 de referido Código. E, nos termos do parágrafo 3º deste mesmo artigo, o fornecedor somente não será responsabilizado quando provar: "*I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro*".

O artigo 6º, inc. VIII, de referido Código, prevê, por sua vez, como um dos direitos básicos do consumidor, "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".

No presente caso, além de ser evidente a hipossuficiência da demandante, é de se verificar que a verossimilhança de suas alegações também se configura no caso. Isto porque a autora ajuizou a presente ação alegando, em suma, não reconhecer a contratação de três empréstimos consignados, com descontos das parcelas em seu benefício previdenciário.

Cabia exclusivamente ao réu, portanto, na hipótese em tela, o ônus de provar a incidência das causas excludentes previstas em lei, vale dizer, a inexistência de prestação de serviço defeituoso e a culpa exclusiva da autora ou de terceiros, ou, em outros termos, a regularidade das contratações dos empréstimos.

Com efeito, em que pese a alegação do réu em afirmar que cumpriu com o ônus de comprovar a regularidade das operações versadas na presente demanda, trazendo as Cédulas de Crédito de fls. 52/90, seguidas dos documentos de fls.

Acesso ao Sumário

91/120, é de se reconhecer, todavia, que além deste ônus, também lhe competia comprovar a veracidade destes documentos, haja vista a impugnação feita pela autora a respeito das assinaturas constantes em referida documentação, de acordo com art. 373, inciso II, do CPC.

Note-se, ademais, que intimado a realizar o depósito dos honorários periciais em duas oportunidades (fls. 202 e 207), o réu deixou decorrer o prazo concedido para tanto, conforme certificado às fls. 206 e 210.

Nessa ótica, importante destacar que é pacífico entendimento da jurisprudência em estabelecer que cabe ao impugnado o ônus de produzir a perícia grafotécnica em casos como o aqui versado, de alegação de falsidade de assinatura de contrato, conforme verifica-se nos seguintes julgados deste E. Tribunal:

RESERVA DE MARGEM CONSIGNÁVEL - RMC - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA - DIVERGÊNCIA ENTRE AS PARTES - AUTORA QUE ALEGA FALSIDADE IDEOLÓGICA - PERÍCIA GRAFOTÉCNICA NÃO REALIZADA - CULPA DO RÉU - APELAÇÃO DO RÉU - Diante da verossimilhança das alegações constantes da petição inicial, caberia à parte ré demonstrar a legitimidade do contrato impugnado, ônus do qual não se desincumbiu - No caso dos autos, a responsabilidade da parte ré decorre do risco da própria atividade, risco consagrado também pela doutrina para assegurar a reparação de prejuízos que possa causar aos usuários dos serviços dela - Dano moral - Falha na prestação de serviço pela parte ré e que em decorrência houve lesão à honra subjetiva da parte autora - Indenização devida - Sentença mantida - Dano moral - Pretensão do réu de redução do valor de R$ 15.000,00 fixado a título de indenização por dano moral - Quantum indenizatório fixado que se mostra excessivo, exorbitando o bom senso e a razoabilidade - Redução do valor da indenização para R$ 10.000,00 - Sentença reformada - Juros moratórios - Juros de mora da indenização por danos morais que devem incidir a partir do evento danoso, por se tratar de ilícito extracontratual, nos termos do artigo 398 do Código Civil e da Súmula 54 do STJ - Alteração de ofício. - Correção monetária - Sentença que determinou a restituição dos valores com correção monetária desde a data do ajuizamento da ação - Correção que deve incidir a partir de cada desconto indevido na conta corrente da autora - Sentença alterada de ofício nessa parte. Recurso parcialmente provido, com observação. (TJ-SP - AC: 10024732320198260568 SP 1002473-23.2019.8.26.0568, Relator: Marino Neto, Data de Julgamento: 20/04/2020, 11ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 20/04/2020).

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO - DESCONTOS REALIZADOS EM VALOR DE BENEFÍCIO DE APOSENTADO - ADESÃO DA AUTORA À ASSOCIAÇÃO RÉ QUE RESTOU CONTROVERTIDA - ALEGAÇÃO DE FALSIDADE DA ASSINATURA DA AUTORA CONSTANTE DE FICHA DE INS-

Acesso ao Sumário

CRIÇÃO E TERMO DE AUTORIZAÇÃO DE DESCONTO APRESENTADOS PELA RÉ - PERÍCIA GRAFOTÉCNICA NÃO REALIZADA - AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA - VALIDADE DO VÍNCULO NÃO COMPROVADA - ÔNUS QUE INCUMBIA À RÉ - Desconto mensal indevido - Devolução de valores corretamente determinada pela sentença. Dano moral - Danos que se apresentam "in re ipsa" - Existência de falha na prestação de serviço pela ré - Suficiência da prova dos prejuízos causados aa autora em decorrência da má prestação do serviço para que seja reconhecida a responsabilidade do apelante de indenizar. Devolução de valores em dobro - Incidência do disposto no art. 42, pár. ún, do CDC - Consumidor cobrado em quantia indevida - Pagamento em excesso efetuado - Ausência de engano justificável - Sentença mantida - Recurso improvido. Sucumbência recursal - Majoração da verba honorária em desfavor da ré. (TJ-SP - APL: 10070530620188260189 SP 1007053-06.2018.8.26.0189, Relator: José Joaquim dos Santos, Data de Julgamento: 19/02/2019, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 20/02/2019).

Incide a propósito, outrossim, a regra do art. 429, inc. II, do CPC, que atribui o ônus da prova, quando se tratar de impugnação da autenticidade, à parte que produziu o documento.

Dessa forma, tendo em vista a ausência de perícia para atestar a veracidade das assinaturas apostas nos contratos apresentados pelo réu, correta a declaração de nulidade das operações descritas na inicial, valendo pontuar que, diferentemente do alegado pela instituição financeira, a olho nu não é possível concluir pela semelhança das assinaturas apostas nos documentos que apresentou com a constante no instrumento de procuração de fl. 08.

Ainda que os créditos dos empréstimos tenham sido enviados para conta corrente de titularidade da autora, conforme se observa através dos extratos bancários de fls. 166/182, estas informações não são suficientes, por si só, para evidenciar a regularidade das contratações dos empréstimos, até mesmo porque foi autorizada a compensação dos valores.

Verifica-se, portanto, que o réu não provou a regularidade dos empréstimos em questão, valendo acrescentar que mesmo tratando-se de operação fraudulenta feita por terceiro em nome da demandante, esta ocorrência não eximiria a responsabilidade do réu, porquanto não se poderia falar, nesta hipótese, em culpa exclusiva do terceiro, eis que esta fraude somente poderia ocorrer por ter havido falha na prestação dos serviços do banco, que deve oferecer segurança aos seus clientes ou correntistas.

Essa questão, ademais, já foi decidida pelo E. STJ, com repercussão geral da matéria:

"*RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RESPONSA-*

Acesso ao Sumário

BILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. RISCO DO EMPREENDIMENTO.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno. 2. Recurso especial provido" (REsp 1199782/PR rel. Min. Luís Felipe Salomão 12/09/2011).

Este entendimento restou consagrado pela Súmula 479 de referida Corte Superior, assim enunciada: "*As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito das operações bancárias*".

Correto, portanto, a declaração de nulidade do débito, bem como a restituição do indébito, de forma simples, conforme determinado pelo douto Magistrado.

É de se reconhecer, da mesma forma, que a autora faz jus ao pagamento de indenização por danos morais, cabendo ao réu, nesta hipótese, responder pelos danos decorrentes destas contratações fraudulentas, porquanto acarretou descontos de valores do benefício previdenciário auferido pela autora, sendo evidente, por isso, que esta situação também causou-lhe danos de ordem moral, face aos graves transtornos que sofreu por ficar obstada de utilizar parte de seu parco benefício previdenciário, sofrendo, assim, indevidas privações, transtornos e aborrecimentos, sendo compelida, ainda, a ingressar em juízo para obter a devida reparação.

Relativamente à fixação do montante de referida indenização, importa observar que, na ausência de um critério objetivo para quantificá-lo, seu arbitramento é feito com certa discricionariedade pelo julgador, atento sempre, porém, à gravidade do dano moral sofrido, à condição ou necessidade da vítima e à capacidade do ofensor, além do fator de dissuasão.

Acesso ao Sumário

Conforme já decidiu a este respeito, a indenização por dano moral "*deve ser fixada em **termos razoáveis**, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento sem causa, com manifestos abusos ou exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom-senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve ela **contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta antijurídica**"* (RSTJ 137/486 e STJ-RT 775/211).

Da mesma forma, também decidiu referida Corte no sentido de que "*A indenização por dano moral deve ter cunho didático, de modo a coibir reincidência do causador do dano sem enriquecer a vítima*" (AgRg no REsp 944792/PE, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª T., j. 02.08.07, DJ 20.08.07, p. 281).

Não se deve olvidar, conforme esclarece Carlos Roberto Gonçalves, trazendo à baila, por sua vez, lição de Maria Helena Diniz, que "*a reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória, tendo função: a) penal ou punitiva, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa - integridade física, moral e intelectual - não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; e b) satisfatória ou compensatória, pois, como o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenue a ofensa causada. Não se trata, como vimos, de uma indenização de sua dor, da perda de sua tranquilidade ou prazer de viver, mas de uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, atenuando, assim, em parte, seu sofrimento*" (in "Responsabilidade Civil", Ed. Saraiva, 9ª ed., págs. 584/585).

Ora, no caso vertente, atento a tais diretrizes e considerando-se, ainda, as circunstâncias do presente caso, consoante apontado na inicial da presente ação, aferindo, outrossim, o valor dos descontos mensais referentes aos empréstimos impugnados (R$ 18,50, R$ 12,30 e R$ 191,70), bem como o fato de que os descontos estão sendo realizados desde outubro de 2019, janeiro de 2020 e abril de 2020, a despeito de a autora ter ajuizado a ação somente em 12/07/2022, além de que os crédito relativos aos empréstimos foram enviados para sua conta corrente e deles fez uso, é de se verificar que o montante arbitrado pelo douto Magistrado, qual seja, R$ 10.000,00 (dez mil reais), afigura-se excessivo, merecendo, por isso, ser reduzido para o importe de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), a ser corrigido monetariamente a partir da data da r. sentença recorrida, quando houve o arbitramento desta indenização (Súmula n. 362 do E. Superior Tribunal de Justiça) e acrescido de juros de mora de 1% ao mês desde a citação, o qual se mostra adequado para efeito de reparação de danos morais decorrentes de empréstimo fraudulento, conforme tem sido reconhecido por esta C. Câmara em casos semelhantes. Este montante fixado revela-se mais condizente com a gravidade do abalo moral sofrido pela demandante, com as condições socioeconômicas desta e a com a capacidade do réu, além do fator de dissuasão a ser aplicado nestes casos.

Note-se, porém, que de acordo com a Súmula nº 326 do E. Superior Tri-

Acesso ao Sumário

bunal de Justiça, "*na ação de indenização por dano moral a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica em sucumbência recíproca*".

Por fim, observo que, diferentemente do alegado pelo réu, foi determinada a repetição do indébito de forma simples, além de ter sido autorizada a compensação, restando prejudicados os pedidos formulados nas razões do presente apelo nesse sentido.

Conclui-se, por tais razões, que a irresignação do réu deve ser parcialmente acolhida, unicamente para minorar o montante fixado a título de indenização por danos morais, nos termos supra assentados, restando mantida, no mais, a r. sentença recorrida.

Em face do resultado proclamado neste recurso, que entendeu pela redução do *quantum* indenizatório, a verba honorária a ser paga pelo réu comporta ser majorada para 20% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §2º, do CPC, visando remunerar condignamente o trabalho desenvolvido pelo patrono da autora.

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. Ficam as partes advertidas em relação à interposição de recurso infundado ou meramente protelatório, sob pena de multa, nos termos do art. 1026, parágrafo 2° do CPC.

Ante o exposto, dá-se provimento em parte ao recurso do réu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1104180-12.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes TERRA NOVA TRADING S/A e ALCEU PEREIRA LIMA NETO, é apelado ARNALDO VON NIELANDER.

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 15.193)**

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

São Paulo, 4 de julho de 2024.

MARCO FÁBIO MORSELLO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO - Sentença de improcedência - Irresignação dos embargantes - Contrato de Compra e Venda de Cotas e Outras Avenças - Obrigações de fazer consistentes na assinatura de documentos necessários à substituição processual e na substituição de avais - Preliminar de cerceamento de defesa - Inocorrência - Julgamento antecipado do feito que torna despiciendo o seu saneamento - Pontos controvertidos que não dependiam de despacho saneador para produção de provas - Ônus da prova distribuído de maneira regular - Ausência de decisão surpresa - Diante da comprovação de retardamento deliberado da condição suspensiva, cabia aos embargantes a comprovação de insubsistência da cobrança, nos termos do art. 373, inc. I, do CPC/15 - Alegação de sentença citra petita - Sentença que abordou devidamente os pontos suscitados pelos embargantes - Ausência de menção expressa a fundamentações ancilares que permite colmatação em grau recursal - Aplicação da teoria da causa madura - Julgamento do mérito recursal, com base no art. 1.013, §3º, III, do CPC/15 - Ausência de comprovação do cumprimento da obrigação de promover a cessão de crédito, imprescindível para a substituição processual - Contrato que não é, por si só, instrumento apto a promover cessão de crédito - Ausência de formalidades do art. 654, §1º, do Código Civil de 2002 - Ineficácia da cessão de crédito, inoponível perante os terceiros devedores - Não comprovação de liquidação dos créditos nos quais o embargado figurava como avalista - Inovação recursal - Anuência do embargado com a prorrogação dos contratos que foi aduzida somente em grau recursal - Recurso dos embargantes desprovido - Sentença integralmente mantida, com majoração dos honorários de sucumbência.

VOTO

Trata-se de sentença (fls. 426/439), cujo relatório se adota, que, em sede de embargos à execução[1] opostos por Terra Nova Trading Ltda. e Alceu Pereira Lima Neto em face de Arnaldo Von Nielander, julgou parcialmente procedentes

1 Valor da causa: R$ 100.000,00 em 27/09/2021.

Acesso ao Sumário

os pedidos formulados na exordial "*somente para a afastar a necessidade no que tange aos avais mencionados a fls. 352/354 (em relação ao Banco Safra S.A), a fls. 358/359 (Banco Daycoval) e em fls. 360 (Banco Banrisul), já foram liquidados, não havendo a necessidade de nova substituição, mantendo-se, quanto ao mais integralmente a execução em curso contra os embargantes, a qual prosseguirá em seus ulteriores termos na forma da lei*" (fl. 439). Em razão da sucumbência mínima da parte embargada, os embargantes foram condenados ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Em face da referida decisão, a embargante Terra Nova Trading Ltda. opôs embargos de declaração (fls. 442/448).

Ofertadas contrarrazões aos embargos de declaração (fls. 460/468), o douto juízo *a quo* negou-lhes provimento (fls. 469/470).

Irresignados, apelam os embargantes (fls. 473/499), alegando, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa, uma vez que o feito não foi saneado, os pontos controvertidos não foram fixados e o ônus de comprovar o cumprimento das obrigações contratuais foi carreado aos embargantes no momento de prolação da sentença. Ainda em sede preliminar, verberam que a r. sentença apelada não possui fundamentação suficiente, sendo *citra petita*. Defendem que o processo deves ser extinto sem resolução de mérito por ausência de interesse de agir e impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, argumentam que os débitos contraídos perante o Banco do Uruguai e o Banco Santander já foram liquidados. Afirmam, em relação aos débitos contraídos perante o Banco Rendimento e o Banco Paulista que não houve a prorrogação dos avais, de modo que não houve o implemento da condição suspensiva prevista no instrumento contratual. Ao final, requerem o acolhimento das preliminares a fim de que a r. sentença seja anulada. Subsidiariamente, propugnam pelo provimento do recurso a fim de que sejam julgados procedentes os embargos à execução, extinguindo-se o feito executivo de origem.

O recurso é tempestivo e devidamente preparado (fls. 500/501).

Intimada, a parte embargada apresentou contrarrazões ao recurso dos embargantes (fls. 516/525).

Houve oposição ao julgamento virtual (fl. 529).

É o relatório.

Trata-se de embargos à execução opostos Terra Nova Trading Ltda. e Alceu Pereira Lima Neto em face de Arnaldo Von Nielander. Alegam os embargantes, em sua exordial (fls. 01/15), em síntese, que o embargado ajuizou ação de obrigação de fazer lastreada em Contrato de Compra e Venda de Cotas e Outras Avenças, celebrado em 09/10/2017. Afirmam que o embargado pretende a condenação dos embargantes "*a realizar (i) a substituição nos avais prestados pelo Embargado junto aos Bancos do Uruguai, Banrisul, Daycoval,*

Rendimento, Safra e Santander e (ii) a mudança no polo ativo de ações judiciais referentes a ativos creditórios cedidos pelos Embargantes" (fl. 2). Argumentam que a obrigação de substituição dos avais dependia do implemento de condição suspensiva, qual seja, o vencimento das operações financeiras, a qual não foi verificada. Com relação ao pedido formulado pelo exequente no sentido de mudança no polo ativo das recuperações judiciais, os embargantes salientam que "*não compete aos Embargantes efetivar a sucessão processual, mas em anuir com os documentos que o Embargado entender necessário para perseguir o crédito cedido*" (fl. 09). Ressaltam que somente haveria descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelos embargantes se houvesse recusa de sua parte em assinar os documentos pertinentes à sua atuação como litisconsorte ou outro documento que permitisse a efetivação da cessão de crédito. Verberam que o pedido de substituição processual é juridicamente impossível, uma vez que esta depende da autorização da parte contrária no respectivo feito e da conduta do próprio embargado. Pugnam pela concessão de efeito suspensivo aos presentes embargos. Ao final, requerem o acolhimento das preliminares e, subsidiariamente, a procedência dos presentes embargos e a consequente extinção do feito executivo por ausência de título líquido, certo e exigível.

Os embargos foram recebidos sem efeito suspensivo (fl. 145).

Intimada, a parte embargada apresentou impugnação aos embargos (fls. 148/161). Afirma que a parte embargada efetivamente solicitou o cumprimento da obrigação de cessão de crédito, tendo inclusive notificado o embargante Alceu Pereira de Lima Neto para que este promovesse o seu adimplemento, porém não obteve retorno. Afirma que o não vencimento das obrigações é fato impeditivo que deve ser comprovado pelos embargantes, conforme disposto no art. 373, inc. I, do CPC/15. Esclarece que "*a propositura da ação de execução foi manejada porque ao invés de substituir os avais, a embargante Terra Nova encaminhou ao embargado aditamentos e renovações dos contratos onde haviam avais, solicitando que o embargado os assinasse. Ou seja, estavam vencidos e não substituíram os avais*" (fl. 152). Reitera que é patente a tentativa dos embargantes de não cumprir com a obrigação de substituição dos avais, sendo que optaram pela prorrogação dos contratos sem que os avais fossem substituídos. Com relação à obrigação de cessão de crédito, consigna que não é verdade que não houve resistência por parte dos embargantes, uma vez que "*os embargantes não forneceram ao embargado o necessário para a conclusão das cessões e substituição ou ingresso como assistente nas ações judiciais em curso*" (fl. 158), apesar das notificações enviadas pelo embargado. Ao final, requer a improcedência dos presentes embargos e o prosseguimento da execução.

Os embargantes apresentaram réplica às fls. 267/277.

Intimados acerca das provas que pretendiam produzir, os embargantes afirmaram que não tinham mais provas a serem produzidas, ressaltando que o

Acesso ao Sumário

feito ainda não havia sido saneado e que, caso a distribuição do ônus da prova se desse de forma diversa, deveria ser reaberto novo prazo para indicação de provas (fls. 292/293).

Ato contínuo, a parte embargada informou seu interesse na expedição de ofício aos bancos Daycoval, Banrisul e Safra a fim de que se confirme a existência de contratos entre estes e os embargantes, bem como seu eventual vencimento (fls. 294/301).

A expedição de ofícios foi deferida pelo juízo *a quo* (fl. 336).

Em face da referida decisão, os embargantes opuseram embargos de declaração (fls. 339/343), os quais foram acolhidos para a correção de erro material (fl. 344).

Resposta dos bancos Safra, Daycoal e Banrisul às fls. 351/354, 358/359 e 360, respectivamente.

O embargado se manifestou acerca das respostas aos ofícios (fls. 364/369), seguido dos embargantes (fls. 370/375).

Sobreveio manifestação do embargado às fls. 379/385 e dos embargantes às fls. 386/389.

Encerrada a instrução processual (fls. 390), as partes foram intimadas a apresentarem suas alegações finais, o que foi feito às fls. 393/403 e 404/404, pelos embargantes e pelo embargado, respectivamente.

Por fim, sobreveio a r. sentença de parcial procedência (fls. 426/439), nos termos do relatório, contra a qual se insurgem os embargantes, ora apelantes.

Tecidas as referidas considerações, o recurso não comporta provimento.

Por proêmio, a preliminar de cerceamento de defesa arguida pelos embargantes não merece acolhimento.

Deveras, nos termos do art. 355, I, do Código de Processo Civil, o julgamento antecipado tem cabimento quando inexistir controvérsia fática que possa ser solucionada pela produção de outras provas além das constantes no processo.

Com efeito, os elementos carreados aos autos, notadamente as provas documentais, já davam subsídios suficientes para a formação do livre convencimento motivado do magistrado, uma vez que o que se discute é matéria exclusivamente de direito.

Neste sentido, José Roberto dos Santos Bedaque leciona:

"*Ninguém melhor do que o juiz, a quem está afeto o julgamento para decidir sobre a necessidade de produzir determinada prova. Como ele é o destinatário dela, pode avaliar quais os meios de que necessita para formação de seu convencimento. Nessa medida, e considerando o escopo da atividade jurisdicional, a colheita de elementos probatórios interessa tanto ao juiz quanto às partes*" (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 17).

Conforme salientado pelos próprios apelantes, o juízo sentenciante intimou as partes a se manifestarem acerca das provas que pretendiam produzir, conforme decisão de fl. 264.

Em resposta, os embargantes apresentaram a petição de fls. 292/293, nos seguintes termos:

"*Às fls. 264 foi preferida decisão determinando a intimação das partes para indicar as provas que pretendem produzir.*

Conforme defendido nos embargos à execução e em réplica, os Embargantes sustentam que o Embargado não instruiu a execução com documentos necessários à demonstração sequer da existência das obrigações de fazer que pretende compelir o cumprimento.

Com muito maior razão, nos termos do art. 798, I do CPC, cumpre ao Embargado demonstrar que a condição estabelecida contratualmente como termo inicial da exigência da obrigação teria se efetivado, a fim de demonstrar a inadimplência dos Embargantes. Mas não o fez.

Partindo destas premissas, os Embargantes não possuem outras provas a serem produzidas.

Por outro lado, é certo que o Juízo ainda não realizou o saneamento do feito, como determina o Art. 357 do CPC.

Por esta razão, na hipótese deste juízo, no momento do saneamento do feito, fixação dos pontos controvertidos e distribuição do ônus da prova (Art. 357, III do CPC), entender por distribuir o ônus da prova de forma diversa da indicada nesta petição, protesta pela reabertura de novo prazo para indicação das provas a serem produzidas" (fls. 292/293).

Percebe-se que os embargantes sustentaram a necessidade do despacho saneador com base na indicação dos pontos controvertidos e na distribuição do ônus da prova. Contudo, diante das circunstâncias do caso, a realização do despacho saneador era dispensável, conforme se passa a demonstrar.

Inicialmente, com relação à indicação dos pontos controvertidos, os embargantes já haviam delineado as matérias objeto de controvérsia desde a inicial dos embargos, qual seja, a eficácia das cláusulas contratuais 1.5 e 2.1 do contrato executado e, caso demonstrada sua eficácia, se seus termos foram adimplidos ou não.

Cumpre ressaltar que a parte embargada já havia controvertido especificamente esses pontos já em sua impugnação aos embargos (fls. 148/161). Em relação à cláusula 1.5, dispôs o embargado, *in verbis*:

"*Alegam em relação ao item 1.5 da cláusula primeira que ele estabelece que a TERRA NOVA 'se compromete a assinar o necessário para formalizar as cessões'.*

Que, assim, cabe ao embargado, outrora vendedor, adotar as providências que entender necessárias para cobrar os créditos objeto da cessão e,

Acesso ao Sumário

por outo lado, cumpre aos embargantes, outrora COMPRADOR e TERRA NOVA, "assinar o necessário para formalizar as cessões".

Que, desse modo, a obrigação dos embargantes apenas torna-se exequível se o embargado apresentar os documentos necessários à efetivação da cessão de crédito, o que alegam não ter ocorrido, e se os embargantes se negarem a cumprir.

Ocorre que o embargado solicitou o cumprimento dessa obrigação e de outras e face ao não cumprimento, NOTIFICOU o embargante Alceu Pereira Lima Neto, adquirente do controle da Terra Nova Trading e signatário do título ora executado, para que cumprisse com as obrigações (fls., 49/54).

O embargante quedou-se inerte e, citado na execução, apresentou embargos à execução.

É óbvio que se opõe ao cumprimento da obrigação. Do contrário compareceriam nos autos da execução e no prazo de 30 (trinta) dias que lhes foi concedido, apresentariam as cessões necessárias, seja para cobrança administrativa dos cedidos/devedores, seja para ingresso do embargado nas ações judiciais de cobrança em curso, na forma possível de acordo com a Lei.

O não atendimento da notificação enviada e a resistência mediante a oposição de embargos à execução apenas confirma a intenção de não cumprir com a obrigação de assinar o que for necessário para formalizar a cessão nos processos respectivos, conforme parte final do item 1.5. do contrato" (fls. 150/151).

Por sua vez, em relação à cláusula 2.1, dispôs o embargado, nos seguintes termos:

"*Em relação ao disposto no item 2.1 da cláusula segunda, que disciplina sobre a substituição de avais bancários, alegaram os embargantes que na verdade, assumiram as obrigações de: (i) "substituir os avais bancários anteriormente assumidos pelo VENDEDOR/Embargado em favor da TERRA NOVA, por ocasião dos seus respectivos vencimentos, isentando o VENDEDOR de responsabilidade".*

Que apenas por ocasião dos respectivos vencimentos é que devem substituí- los, querendo fazer pressupor que não venceram.

Ora, se o fato impeditivo alegado é de não vencimento das obrigações, cabe aos embargantes comprovarem a alegação, trazendo aos autos os contratos bancários em comento, com esteio no disposto no artigo 373, I, do CPC.

Obviamente não se trata de preliminar de mérito. Entretanto, tratando-se de matéria suscitada pelos embargantes, esclarece o embargado que a propositura da ação de execução foi manejada porque ao invés de subs-

tituir os avais, a embargante Terra Nova encaminhou ao embargado aditamentos e renovações dos contratos onde haviam avais, solicitando que o embargado os assinasse. Ou seja, estavam vencidos e não substituíram os avais.

Embora a prova caiba aos embargantes, do fato impeditivo que alegam, o embargado traz aos autos e-mails e minutas de contrato e acordos bancários, para demonstrar que a alegação é inverídica e beira má-fé" (fls. 150/151).

Dessa forma, os pontos controvertidos eram evidentes desde o início do presente feito, não havendo de se alegar necessidade de sua delimitação no bojo de despacho saneador para que fossem requeridas as provas.

Por sua vez, em relação à distribuição do ônus da prova, mostra-se igualmente desnecessária sua realização por meio de despacho saneador.

Com efeito, não se pode afirmar que os embargantes teriam sido surpreendidos com a distribuição do ônus da prova no momento de prolação da sentença ora apelada, uma vez que a ausência de manifestação do juízo faz com que seja presumida sua distribuição regular.

Ainda sobre a ausência de decisão surpresa, o art. 10 do Código de Processo Civil de 2015 é claro ao prever que "[o] *juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício*", ou seja, o que não pode o juiz fazer é inovar na causa, devendo limitar os fundamentos de sua decisão àquilo que foi objeto de contraditório entre as partes.

Logo, a *contrario sensu*, a mera aplicação à causa do entendimento jurídico que se revela pertinente não implica em violação à vedação da decisão surpresa, mas sim o exercício de subsumir o fato às normas que tutelam o tema.

Partindo-se dessas premissas, a mera manifestação dos embargantes atribuindo ao embargado o ônus da prova, conforme feito às fls. 292/293, não é suficiente para que o juiz esteja obrigado a sanear o processo, dado que, como ressaltado, a interpretação dos fatos e do direito pelo magistrado sentenciante em desacordo com o entendimento da parte não se consubstancia em nulidade.

No mesmo sentido, dispõe a jurisprudência deste E. Sodalício:

"EMBARGOS À EXECUÇÃO. LOCAÇÃO. Pretensão do embargante de responsabilizar a apelada pelos alugueres inadimplidos por locatário, já que assumiu o risco ao celebrar contrato de locação sem a presença de fiador e sem o reconhecimento de firma em cartório, bem como sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Sentença de parcial procedência. Apelo da embargada. Cerceamento de defesa não verificado. Provas documentais presentes nos autos que eram suficientes à formação da convicção do MM. Juízo a quo, tornando-se dispensável a

Acesso ao Sumário

dilação probatória. Laudo pericial produzido de forma hígida e minuciosa, não havendo qualquer elemento capaz de desqualificar o profissionalismo da perita. Inexistência de contradições entre o corpo do laudo pericial e as respostas aos quesitos. Evidenciados os transtornos reiterados vivenciados pelo embargante por força da conduta da ré, pois precisou se defender em diversas ações judiciais. **Não ocorrência de violação à vedação à decisão surpresa. Art. 10 do Código de Processo Civil que é claro ao dispor que o magistrado não pode inovar na causa, devendo limitar os fundamentos de sua decisão àquilo que foi objeto de contraditório entre as partes, sendo que a mera aplicação à causa do entendimento jurídico que se revela pertinente não implica em violação à vedação da decisão surpresa, mas sim o exercício de subsumir o fato às normas que tutelam o tema.** Dano moral configurado. Transtornos vivenciados pelo embargante (necessidade de se defender em diversas ações judiciais ante a falsidade de sua assinatura) que em muito ultrapassaram os meros dissabores do dia a dia. Conflito que teve origem em contrato de aluguel que surtiu efeitos sem o usual reconhecimento de firma da assinatura do fiador, providência que não só é simples como de praxe, de modo que os desdobramentos poderiam e deveriam ter sido evitados pela embargada. Quantum indenizatório mantido. Valor que bem atende as funções compensatória e inibitória da medida à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Recurso desprovido". (TJSP; Apelação Cível 1001021-43.2016.8.26.0451; Relator (a): Mary Grün; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/12/2021; Data de Registro: 03/12/2021, grifos nossos).

Não se ignora o fato de que a inversão do ônus da prova é regra de instrução, e não de julgamento, devendo haver sua delimitação no saneamento do processo, conforme dispõe a jurisprudência do C. STJ:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INTERPOSTOS PERANTE O TRIBUNAL DE ORIGEM. OMISSÕES APTAS, EM TESE, PARA A MODIFICAÇÃO DA CONCLUSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. AUSÊNCIA DE APRECIAÇÃO. **INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. MOMENTO. SANEAMENTO.** APRECIAÇÃO DAS PROVAS. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. SÚMULA 568/STJ. SÚMULA 7/STJ. INAPLICABILIDADE. 1. Ação ordinária com o escopo de obter restituição de depósito judicial c/c obrigação de fazer. 2. Caracteriza-se a ofensa ao art. 1.022 do CPC/15 nas hipóteses em que o Tribunal de origem, mesmo após a interposição de embargos de declaração, omite-se

Acesso ao Sumário

no exame de questão pertinente para a resolução da controvérsia. Súmula 568/STJ. **3. A jurisprudência do STJ é no sentido segundo o qual "a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, é regra de instrução e não regra de julgamento, motivo pelo qual a decisão judicial que a determina deve ocorrer antes da etapa instrutória, ou quando proferida em momento posterior, garantir a parte a quem foi imposto o ônus a oportunidade de apresentar suas provas". Precedentes.** 4. Ademais, é pacífico o entendimento de que o juiz o destinatário da prova, à luz dos princípios da livre apreciação da prova, devendo sempre ser observado o Princípio do Livre Convencimento Motivado. Precedentes. 5. Na hipótese dos autos, não há que se falar em aplicabilidade da inteligência da Súmula 7/STJ, uma vez que todos os elementos informativos dos autos estão consignados nos acórdãos recorridos, sendo dessa forma possível o reconhecimento de violação do dever de motivação do magistrado, bem como acerca do momento processual adequado para a decisão que determina a inversão do ônus da prova. 6. Agravo interno não provido". (AgInt no AREsp n. 2.423.928/BA, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/3/2024, DJe de 6/3/2024, grifos nosso).

Contudo, o referido entendimento não se aplica ao presente caso, uma vez que, como já adiantado, a distribuição do ônus da prova foi regular.

Em que pese a argumentação dos embargantes no sentido de que caberia ao embargado o ônus de comprovar o implemento da condição suspensiva, conforme art. 798 do Código de Processo Civil de 2015, fato é que o embargado demonstrou que os contratos nos quais figurava como avalista foram prorrogados pelos embargantes (v.g. fls. 153/154), fato não controvertido, de modo que caberia a estes comprovar os fatos constitutivos do seu direito, nos termos do art. 373, inc. I, do Código de Processo Civil de 2015.

Dito de outra forma, demonstrado que os embargantes estavam retardando deliberadamente o implemento da condição suspensiva, o ônus de comprovar que a cobrança deixaria de subsistir (e não o implemento da condição) era destes, e não do embargado.

Em caso análogo ao dos presentes autos, dispõe novamente a jurisprudência do C. STJ, *in verbis*:

"AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. TELEFONIA CELULAR. TIM. PLANO INFINITY. LIGAÇÕES DERRUBADAS. DANO MORAL COLETIVO. CONDENAÇÃO. **ALEGADA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA SENTENÇA. REGRA DE INSTRUÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE CONSIDEROU INEXISTENTE A INVERSÃO ALEGADA.**

Acesso ao Sumário

PECULIARIDADES. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE ENTENDEU SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA A CONCLUSÃO. APLICAÇÃO DOS ÓBICES DAS SÚMULAS N. 284 DO STF E 07 DO STJ. VALOR DA CONDENAÇÃO CONSIDERADO PROPORCIONAL PELO ACÓRDÃO EMBARGADO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL INDEMONSTRADO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA LIMINARMENTE INDEFERIDOS. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. O acórdão embargado entendeu, na esteira do aresto recorrido, que "não houve a inversão do ônus da prova no momento da sentença, como técnica de julgamento, tal como alegado, a atrair os óbices contidos nas Súmulas nº 284/STF e nº 7/STJ." **2. Não há divergência de teses jurídicas entre o acórdão embargado e o paradigma, mas considerações distintas acerca das peculiaridades do caso concreto, as quais levaram o Tribunal a quo a concluir pela inexistência de inversão do ônus da prova na sentença, decisão esta que foi considerada devidamente fundamentada pela Turma Julgadora nesta Instância Superior,** que erigiu os óbices das Súmulas n. 07 do Superior Tribunal de Justiça e n. 284 do Supremo Tribunal Federal para a reforma do julgado nesse ponto. 3. Também não há divergência jurisprudencial quando a Turma Julgadora decide, no recurso especial, que inexiste exorbitância no montante indenizatório fixado pela instância ordinária, reconhecendo haver fundamentação adequada, aplicando-se-lhe o óbice da Súmula n. 07 do Superior Tribunal de Justiça para revisá-lo. 4. A pretensão de refazimento desse juízo de valor não se coaduna com a estreita via dos embargos de divergência, uma vez que a aferição da razoabilidade ou não do quantum fixado na condenação por dano moral coletivo está intrínseca e inseparavelmente atrelada à análise das particularidades de cada caso. 5. Mostram-se inadmissíveis os embargos de divergência - recurso de fundamentação vinculada e de cognição restrita -, que não se prestam ao mero reexame do acerto ou desacerto do acórdão embargado. 6. Agravo interno desprovido" (AgInt nos EREsp n. 1.832.217/DF, relatora Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 15/3/2023, DJe de 31/3/2023, grifos nossos).

Mostra-se pertinente, ainda, a reprodução parcial do referido julgado, *in verbis*:

"*A primeira premissa da qual parte a Agravante é de que "não há dúvida de que a r. sentença que julgou a demanda em Primeira Instância efetivamente inverteu o ônus da prova no momento de sua prolação" (fl. 1877). Pondera que essa inversão "impediu a TIM de produzir as provas necessárias para rebater as conclusões alcançadas na própria sentença recorrida" (fl. 1878).*

Contudo, não foi essa a conclusão a que chegou o acórdão embargado

Acesso ao Sumário

que, na linha do entendimento consignado no acórdão recorrido, entendeu que, "em que pese o equívoco da sentença nesse particular, ***a inversão do ônus da prova não foi aplicada*** *quando da verificação da prática da má prestação de serviço por parte da ré-apelante, haja vista que o magistrado afirmou nesse capítulo da sentença que o ato ilícito estava provado por meio dos documentos acostados aos autos, fazendo inclusive referência específica a eles,* ***o que afasta qualquer nulidade quanto à questão probatória***" (Ibid., p. 17).

Arrematando a questão, consigne-se que a decisão saneadora é imprescindível nos casos em que se exige dilação probatória, não podendo o Juízo se furtar à análise dos requerimentos de prova nas hipóteses em que a sua produção é imprescindível para o deslinde da controvérsia. Contudo, nas hipóteses em que o julgamento do feito é realizado de maneira antecipada, a ponderação feita pelo juízo deixa de ser sobre a pertinência de cada requerimento de prova feito pelas partes e passa a ser sobre a necessidade da produção de provas como um todo.

Tal entendimento é confirmado pela literalidade do Código de Processo Civil de 2015, *in verbis*:

"*Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito quando:*

I - Não houver necessidade de produção de outras provas (...)

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz em decisão de saneamento e de organização do processo:"

Em outras palavras, o saneamento do processo fica condicionado à não ocorrência das outras hipóteses citadas pelo caput do art. 357, dentre as quais se insere o julgamento antecipado do mérito, verificado nos presentes autos.

Ainda em sede preliminar, tampouco comporta acolhimento a alegação de nulidade da sentença por ausência de fundamentação. Verberam os embargantes, em suma, que a r. sentença apelada é *citra petita*, uma vez que não há em sua fundamentação qualquer referência sobre:

"*[i] às questões relativas à ausência de cumprimento da apresentação de requerimento e recurso aos Recorridos em assinar documentos conforme estabelecida pela Cláusula 1.52 do contrato;*

[ii] quanto à inexistência de obrigação decorrente da Cláusula 1.5 do contrato que imponha obrigação aos Recorrentes em requerer a alteração do polo passivo das ações em curso;

[iii] à comprova liquidação do crédito junto ao Banco do Uruguai;

[iv] à liquidação do crédito junto ao Banco Santander;

[v] quanto a impossibilidade dos Recorrentes procederem à substituição processual por expressa disposição legal;" (fl. 482).

Com razão, os pontos suscitados nos itens [i], [ii] e [v] acima transcritos foram devidamente endereçados pelo magistrado sentenciante, uma vez que

Acesso ao Sumário

houve na sentença remissão expressa à notificação enviada pelo embargado a respeito da recusa em assinar documentos (fl. 436), bem como registro de que ainda seria necessária a formalização da cessão de crédito (fl. 438).

Por sua vez, ainda que não haja na fundamentação menção expressa aos tópicos [iii] e [iv], ainda assim não se pode afirmar que a r. sentença apelada é *citra petita*.

Destarte, trata-se da denominada sentença *citra petita* (ou *infra petita*), "*quando fica aquém do pedido do autor ou deixa de enfrentar e decidir causa de pedir ou alegação de defesa apresentada pelo réu. No aspecto subjetivo é citra petita a decisão que não resolve a demanda para todos os sujeitos processuais*" (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 768).

Cândido Rangel Dinamarco leciona acerca do referido vício e da aplicabilidade da teoria da causa madura:

> "*Nos casos em que o juiz haja deixado de examinar a demanda em relação a uma das partes instaladas na relação processual, ou desconsiderado por omissão um dos fundamentos da demanda, ou omitido o exame de alguma das parcelas do pedido, nisso reside uma transgressão ao direito de ação, constitucionalmente assegurado. Mas o §1º do art. 1.013 do Código de Processo Civil preserva a validade da sentença no caso de omissão somente quanto a um ou alguns dos fundamentos, ao estabelecer que, em apelação, todas as questões de fato ou de direito suscitadas em primeiro grau reputam-se devolvidas à instância superior. A consequência prática é que, em vez de anular a sentença, nesses casos o tribunal apreciará a questão não examinada pelo juiz e dará à causa, pelo mérito, a solução que merecer (salvo quando o exame desse fundamento depender de prova não realizada em primeiro grau apesar de regularmente requerida caso de anulação da sentença). O vigente Código de Processo Civil pôs uma pá de cal sobre essa questão ao estabelecer que, em apelação, 'se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo'*" (*Instituições de direito processual civil*. Vol. III. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 351).

Estabelecido que se trata de matéria que não demanda dilação probatória, a apreciação na fase recursal comporta admissibilidade, com fundamento no disposto no art. 1.013, §3º, III, do Código de Processo Civil.

Tecidas essas considerações, cinge-se a controvérsia ao cumprimento do Contrato de Compra e Venda de Cotas e Outras Avenças (fls. 55/64), especificamente em relação às cláusulas 1.5 e 2.1. Como bem sumarizado pelos embargantes, as referidas cláusulas traduzem dois blocos de obrigação de fazer, quais sejam:

Acesso ao Sumário

"*(a) a substituição nos avais prestados pelo Embargado junto aos Bancos do Uruguai, Banrisul, Daycoval, Rendimento, Safra e Santander; e*
(b) quanto às Cessões de Crédito assinar "o necessário para formalizar as cessões nos prazos respectivos" e com isso promover a mudança no polo ativo das ações judiciais, referentes aos ativos creditórios cedidos pelos Embargantes, constantes do anexo I do contrato firmado em 09/10/2017" (fl. 486).

Dado que as obrigações são independentes, de modo que o inadimplemento de uma não necessariamente implica no inadimplemento da outra, mostra-se pertinente sua análise em separado.

Inicialmente, com relação à cessão de crédito, dispõe a cláusula 1.5 do instrumento contratual, *in verbis*:

"*1.5. Ficam mantidas as cessões de direitos conferidos no pretérito Contrato de Compra e Venda de Cotas, as quais são ratificadas pelo presente e acrescidas também dos recebíveis das operações relacionadas no anexo 1, tendo como único beneficiário o VENDEDOR, e assim o COMPRADOR e/ou o administrador da TERRA NOVA* ***se compromete a assinar o necessário para formalizar as cessões nos processos respectivos, inclusive aquele mencionado no item 1.2. supra***" (fl. 58, grifos nossos).

A esse respeito, verberam os apelantes, em síntese, que "*o contrato por si só já é instrumento oponível aos devedores para recebimento do crédito*" (fl. 487), bem como o fato de que não houve comprovação da recusa dos apelantes em assinar qualquer outro documento complementar.

Pois bem. A cessão de crédito, na acepção que ora se adota[2], consiste no processo de transmissão da posição jurídica subjetiva de credor. Referido processo é composto essencialmente por dois contratos, quais sejam, o negócio basal e o negócio de disposição.

A esse respeito, dispõe abalizada doutrina, *in verbis*:

"*A operação de cessão de crédito, sob o ponto de vista estrutural (estática jurídica), consiste na concatenação de dois negócios jurídicos, dois contratos, cada qual passível de análise estrutural própria.*
O primeiro contrato é aquele usualmente identificado como negócio-base ou negócio-básico, podendo consistir em um dentre variados tipos contratuais colocados pelo sistema à escolha das partes (tipos legais), ou mesmo em um tipo socialmente construído (tipos sociais), ou mesmo, ainda, em uma figura originalmente construída com base na autonomia

Acesso ao Sumário

2 Conforme MARCEL EDVAR SIMÕES, a cessão de crédito pode se referir: (i) ao "*processo de transmissão da posição jurídica subjetiva complexa crédito (negócio ou fato jurídico de base + negócio de disposição sobre o crédito*"; (ii) à "*eficácia ou o efeito da operação de transmissão*"; (iii) apenas "*ao negócio jurídico de base do referido processo de transmissão*"; (iv) apenas ao "*negócio jurídico de adimplemento, o acordo de transmissão atinente à transferência efetiva do crédito*" (SIMÕES, Marcel Edvar. *Transmissão em Direitos das Obrigações: Cessão de Crédito, Assunção de Dívida e Sub-Rogação Pessoal*. São Paulo, 2011, pp. 14/15).

privada, ou ainda um negócio jurídico não contratual.
(…)
O segundo contrato é o acordo de transmissão, cujo traço primordial é ser amorfo - termo que aqui não é empregado no sentido de não ter forma, mas no mesmo sentido do termo que é utilizado pela química, isto é, de um sólido que não é cristalino, mas opaco, fixo. Com efeito, o acordo de transmissão é um contrato de disposição do tipo translativo, ou seja, um contrato de disposição cujo objeto se resume fundamentalmente à transmissão translativa de um crédito (ainda que outras funções possam lhe ser agregadas, mas no bojo da operação concreta). Essa função (…) *o delimita de modo decisivo, em contraste com a pluralidade de potencialidades encontrável em sede do contrato-base*" (SIMÕES, Marcel Edvar. *Transmissão em Direitos das Obrigações: Cessão de Crédito, Assunção de Dívida e Sub-Rogação Pessoal.* São Paulo, 2011, pp. 18/19).

O contrato-base e acordo de transmissão também se diferenciam em relação à sua função, uma vez que o primeiro se destina a vincular as partes aos termos desejados, gerando deveres prestacionais dentre os quais necessariamente se encontra a promessa de transferir o crédito, ao passo que o segundo se presta a efetivamente realizar a transmissão do crédito de um patrimônio a outro.

No presente caso, as duas figuras são facilmente identificáveis: o contrato- base é o próprio Contrato de Compra e Venda de Cotas e Outras Avenças de fls. 55/64, enquanto o acordo de transmissão consiste na cláusula 1.5, que ratifica os acordos de transmissão previamente estabelecidos e acrescenta na operação da cessão de crédito também os recebíveis relacionados no anexo 1.

Percebe-se, dessa forma, que é possível que o contrato-base seja plenamente existente, válido e eficaz sem que isso implique na existência validade e eficácia do acordo de transmissão, o que é precisamente o caso dos autos.

Isso porque, ao contrário do Contrato de Compra e Venda de Cotas e Outras Avenças, o acordo de transmissão possui forma prescrita em lei para que esteja revestido de eficácia plena. Como bem salientado pelo juízo *a quo, in verbis*:

"*A propósito, afigura-se oportuna a transcrição do estabelecido pelo artigo 288 do Código Civil, verbis:*
'É ineficaz, em relação a terceiros, a transmissão de um crédito, se não celebrar-se mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido das solenidades do par. 1º. do art. 654'.
Dessarte, como corolário do acima consignado, imperioso ponderar que, para se efetivarem as cessões, os embargantes devem fornecer a documentação necessária, sendo o embargante Alceu Pereira Lima Neto, que figurou como adquirente e controlador da Terra Nova no instrumento ora sub judice (título executivo), devidamente notificado para o cumprimento

Acesso ao Sumário

da obrigação, e permanecido inerte, contudo" (fl. 438).

Apenas a título de esclarecimento, prevê o art. 654, §1º, do Código Civil de 2002:

"*Art. 654. (...)*

§1º O instrumento particular deve conter a indicação do lugar onde foi passado, a qualificação do outorgante e do outorgado, a data e o objetivo da outorga com a designação e a extensão dos poderes conferidos".

Sobre o tema, novamente se mostra pertinente a lição de Marcel Edvar Simões:

"*Com relação à forma, é preciso destacar que o acordo de transmissão do crédito não está submetido a regra jurídica especial sobre forma, salvo para ter eficácia em relação a terceiros. Assim, para que possa ter eficácia erga omnes é preciso que tenha sido feito por escritura pública, ou por instrumento particular revestido das solenidades do art. 654, §1º, CC, isto é, o instrumento particular deve conter a indicação do local em que foi redigido, a qualificação do cedente e do cessionário e a data. É questionável em que medida se aplica à cessão de crédito a parte final do §1º ao art. 654, a qual se refere a 'objetivo da outorga com a designação e a extensão dos poderes conferidos' - texto intimamente ligado á categoria contratual do mandato, em cujo contexto de regulação legal se insere o dispositivo em comento. Contudo, pode-se entender que a exigência de menção ao 'objetivo da outorga' deve ser traduzida como exigência de menção ao 'objetivo da cessão', o que constituiria mais uma diretriz no sentido da causalidade, e não da abstração, do acordo de transmissão presente no processo de cessão de crédito. O instrumento particular deve, ainda, ser levado a registro no registro de títulos e documentos, a fim de constituir-se oponibilidade, com produção de efeitos perante terceiros (art. 221 CC c.c. art. 288 CC e art. 129, nº 9, da Lei nº 6.015/73). Como se vê, todas essas exigências legais não se ligam ao plano da validade, mas sim ao da eficácia*" (SIMÕES, Marcel Edvar. *Transmissão em Direitos das Obrigações: Cessão de Crédito, Assunção de Dívida e Sub-Rogação Pessoal.* São Paulo, 2011, p. 30).

Dessa forma, assiste razão ao embargado quando busca a eficácia do acordo de transmissão, uma vez que o contrato, por si só, não é instrumento oponível aos devedores para recebimento do crédito.

Em outras palavras, e respondendo à pergunta dos embargantes ao indagarem "[s]*enão o contrato, qual seria o outro 'instrumento próprio para o fim de se concluir' a cessão crédito*?", a conclusão da cessão de crédito depende de instrumento que permita sua eficácia, o que não é o caso do contrato em tela.

Tampouco é possível afirmar que não houve recusa por parte dos embargantes de assinarem a documentação requerida. A notificação de fls. 49/54, en-

Acesso ao Sumário

viada pelo embargado aos embargantes em 02/10/2020, expressamente dispõe, *in verbis*:

"*Das obrigações não adimplidas:*

(…)

5) Mudança do polo ativo das ações que foram cedidas ao Notificante, tendo a TERRA NOVA TRADING como autora, para que o Notificante passe a constar como autor, ações constantes no Anexo 1, do Contrato de Compra e Venda de Cotas e Outras Avenças, de 09/10/2017, nos termos da cláusula 1.5." (fl. 52).

E nem se diga que a mudança do polo ativo seria inviável ou juridicamente impossível por ser providência a ser tomada pelo embargado, nos termos do art. 778, §1º, inc. III, do Código de Processo Civil de 2015.

Isso porque o referido dispositivo prevê que "[p]o*dem promover a execução forçada ou nela prosseguir, em sucessão ao exequente originário: III - o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe for transferido por ato entre vivos;*", o que evidentemente pressupõe a comprovação do embargado na qualidade de cessionário e a possibilidade deste de opor o crédito cedido em face do devedor, o que, como visto, não é possível a partir da documentação disponibilizada pelos embargantes.

A própria teleologia do contrato já demonstra isso. Se o crédito fora cedido como contrapartida à alienação das cotas pelo embargado, é inconcebível que se trate da chamada "cessão de crédito para o fim de cobrança", ou "cessão de crédito para encaixa" (Inkassozession), e não da cessão do crédito em si para que seja oposto em face dos terceiros devedores.

A esse respeito, leciona Pontes de Miranda:

"[N]*a cessão plena, fiduciária ou não, há transmissão do crédito; no mandato e na autorização, só se outorga o poder concernente ao crédito (e.g. cobrar). A diferença é a mesma entre transferir a propriedade, fiduciariamente ou não, e dar poder de cortar as árvores, jogar fora as frutas imprestáveis, entregar as chaves ao inquilino, levar ao conhecimento da polícia que ladrões roubaram dado*" (*Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, v. 23, p. 284).

De fato, a notificação enviada pelo embargado padece de uma atecnia ao requerer a sucessão processual diretamente aos embargantes, mas está claro que o que se buscava eram os documentos necessários para que fosse promovida a sucessão processual, uma vez que sem estes o embargado sequer teria legitimidade processual para postulá-la em juízo. A esse respeito, irretocável o entendimento do douto magistrado *a quo*:

"*Os embargantes alegaram que não lhes cabe efetivar a sucessão processual, mas apenas anuir com os documentos que o embargado entender necessários para perseguir o crédito.*

Acesso ao Sumário

Porém, conforme é consabido, tal alegação não medra, pois a embargante Terra Nova é a detentora dos creditórios e, embora os tenha cedido ao embargado, como forma de pagamento do contrato executado, é necessário que promova em documento próprio para o fim de se concluir e, repisa-se, formalizar a cessão, sem o qual o embargado não poderia provar nos respectivos autos ser o detentor do crédito e, desta forma, não tem legitimidade processual para postular a sucessão processual" (fl. 438).

Superada tal questão, resta somente deliberar acerca da obrigação de substituição dos avais.

A esse respeito, verberam os embargantes, em síntese, que: (i) já houve liquidação do crédito junto ao Banco do Uruguai; (ii) já houve liquidação do crédito junto ao Banco Santander; (iii) não houve prorrogação dos avais junto aos bancos Rendimento e Paulista, uma vez que não houve consentimento do autor.

Inicialmente, com relação ao Banco do Uruguai, os apelantes remetem ao documento de fls. 289/291, o qual é manifestamente insuficiente para comprovar a liquidação do crédito.

Ora, o próprio documento prevê que o acordo inicial (firmado às fls. 332/335 dos autos de nº 1100583-11.2016.8.26.0100) não havia sido cumprido, e que, após a apresentação das razões da inadimplência da embargante Terra Nova Trading S/A, acordou-se que o pagamento das parcelas vencidas seria feito de maneira parcelada. Tem- se, em realidade, comprovação de que o crédito perante o Banco do Uruguai não havia sido liquidado.

Dessa forma, subsiste o interesse do autor em ver a substituição do aval.

Nesse diapasão, cumpre consignar que o aval "*é negócio jurídico unilateral de garantia, prestada em favor de quaisquer dos obrigados cartulares, de natureza formal (cambial), pessoal, plena, solidária e autônoma, lançado no próprio título de crédito, que contenha obrigação de pagar soma determinada, sendo, portanto, uma declaração unilateral da vontade*". (QUEIROZ, Emílio Carlos Mendes de. *Distinção entre aval e fiança*. Brasília, 2012, p. 7).

Havendo responsabilidade solidária, o descumprimento do acordo entabulado entre a embargante mencionada e o Banco do Uruguai poderia encetar a cobrança diretamente do embargado, de onde exsurge a necessidade de substituição do aval e o interesse de agir do embargado de garantir sua realização.

Sobre o tema leciona Gladston Mamede:

"*No aval não há, portanto, benefício de ordem. Isso ficou claro no Recurso Especial 153.687/GO, no qual a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça destacou que "o avalista é um obrigado autônomo (artigo 47 da Lei Uniforme) e não se equipara ao fiador, razão pela qual não pode exercer o benefício de ordem". Em seu voto, o relator, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, suplementou: Sendo avalistas, que prometeram pagar a dívida em lugar da avalizada, assumindo obrigação autônoma, não há*

Acesso ao Sumário

como excluir a sua responsabilidade para fazer incidir a penhora sobre bem de terceiro, ainda que este terceiro seja devedora emitente do título". Destarte, ***o credor pode simplesmente desconhecer o devedor principal e avançar sobre o patrimônio do avalista, isoladamente, dele exigindo e obtendo o adimplemento***" (MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro: títulos de crédito, volume 3 - 5ª ed. Atlas. São Paulo: 2009 p. 125, grifos nossos).

Tampouco o documento de fl. 449 socorre os embargantes. Trata-se de inovação recursal, dado que não houve sua análise pelo douto magistrado sentenciante. E nem poderia ser diferente, uma vez que o referido documento é datado de 17/07/2023, quase dois anos após o ajuizamento do presente feito e mesmo da prolação da sentença, publicada em 10/07/2023, de modo que ainda havia interesse de agir do embargado à época do ajuizamento da execução.

Da mesma forma, a alegação dos embargantes de que também não haveria débitos pendentes junto ao Banco Santander carece de lastro probatório. A mera inexistência de apontamentos junto ao Serasa (fls. 450/454) não comprova que o débito fora adimplido, uma vez que a inserção do devedor no rol de inadimplentes é faculdade do credor e não se dá de maneira automática. Além disso, apesar de afirmarem que não possuem relação com o Banco Santander "***atualmente***" (fl. 496, grifos nossos), os embargantes não mencionam se a execução de nº 1056896-76.2019.8.26.0100 (fls. 302/312) já foi extinta, e nem controvertem o fato de que o embargado figurava no polo passivo do sobredito feito como devedor solidário.

Por fim, com relação à prorrogação dos avais, a argumentação dos embargantes também consiste em inovação recursal. Com efeito, em sua réplica (fls. 267/277), em nenhum momento os embargantes mencionam que o embargado não anuiu com a renovação dos avais ou que tenha anuído com a renovação do contrato. Ao contrário, os únicos argumentos direcionados ao Banco Rendimento e ao Banco Paulista são os seguintes:

"*Banco Rendimento: as garantias foram liquidadas e hoje são objeto da ação de execução 1121981-72.2020.8.26.0100. Não há portanto, nenhuma obrigação de fazer referente à substituição dos avais (pode até haver obrigação de pagar, que é objeto de ação de execução própria).*

Banco Paulista: não consta no pedido inicial (ver fls. 40). Mesmo que constassem, referem-se à obrigações já liquidadas pelos Embargantes" (fl. 274).

Além disso, a anuência do embargado ou ausência desta se mostra irrelevante para a argumentação dos embargantes, como se observa:

"*Note-se que a cláusula contratual é absolutamente clara ao estabelecer que a substituição dos avais deve ocorrer apenas 'por ocasião de seus respectivos vencimentos'.*

Os documentos de fls. 168/173 (Banco Rendimento) e documentos de fls. 196/215 (Banco Paulista) demonstram que por ocasião do vencimento do contrato, conforme Cláusula 2.1 em destaque, a prorrogação dos avais dependeria de assinatura do Recorrido.

A ausência de assinatura dos documentos, portanto, faz prova de que os avais não foram renovados!

Os aditivos contratuais juntados as fls. 174/195, embora firmados contou com a assinatura do Recorrido, tendo, portanto, anuído com a prorrogação do contrato. Diante da anuência expressa firmada após o contrato objeto da execução, não há que se imputar aos Recorrentes qualquer responsabilidade por substituição do aval.

Assim, tratando-se de obrigação que depende de implementação de termo/condição (o vencimento dos contratos); considerando que o Recorrido não anuiu com as prorrogações juntadas às fls. 168/173 e 196/215, não houve prorrogação do aval, não havendo, portanto, obrigação de fazer a ser exigida" (fl. 498).

Analisando-se logicamente, os embargantes apresentam duas hipóteses: (i) o embargado não anuiu com a renovação dos avais de fls. 168/173 e 196/215; (ii) o embargado anuiu com a prorrogação do contrato por meio dos aditivos contratuais de fls. 174/195. Ocorre que, adotando-se as premissas dos embargantes, se a condição suspensiva para que houvesse a substituição dos avais era o vencimento dos contratos, ao concordar com a prorrogação dos contratos o embargado estaria concordando também com a renovação dos avais. Percebe-se que a conclusão invariável é a de que o embargado, anuindo ou não com a renovação dos avais ou prorrogação dos contratos, não teria direito de se ver substituído, o que não se pode conceber, especialmente diante do fato de que o nome do embargado continua constando como avalista nos aditamentos de fls. 168/173 e 196/215, apesar da não aposição de sua assinatura.

Sendo assim, não há outra conclusão que não pela manutenção integral da r. sentença apelada.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso, mantendo-se a r. sentença apelada tal qual proferida.

Em razão da sucumbência dos embargantes, nos termos do art. 85, §§ 1º e 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios devidos aos patronos do embargado para 15% do valor atualizado da causa.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001011-74.2021.8.26.0434, da Comarca de Pedregulho, em que é apelante MUNICÍPIO

DE PEDREGULHO, é apelado TOKIO MARINE SEGURADORA S.A.

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, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37607)**

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

São Paulo, 8 de julho de 2024.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO DE DANOS - ACIDENTE DE TRÂNSITO - Responsabilidade do caminhão de propriedade da requerida que, ao manobrar, atingiu veículo do segurado do autor, que se encontrava estacionado na via - Violação aos arts. 28, 34 da Lei nº 9.503/97 - Alegação de que o veículo do segurado estava estacionado em local irregular - Irrelevância - Mera infração administrativa - Presunção de culpa do veículo abalroador não ilidida - Ré que não se desincumbiu do ônus que lhe cabia (art. 373, II, do CPC) - Dever de indenizar reconhecido - RECURSO IMPROVIDO, com observação.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por **MUNICÍPIO DE PEDREGULHO** contra a r. sentença de fls. 156/158 que, nos autos da ação regressiva de ressarcimento de danos promovida por **TOKIO MARINE SEGURADORA S.A.**, julgou procedente o pedido, para condenar o réu a pagar a autora uma indenização por danos materiais no importe de R$ 4.297,99 (quatro mil, duzentos e noventa e sete reais e noventa e nove centavos), corrigida monetariamente desde a data do pagamento feito pela seguradora; acrescida de juros de mora de 6% ao ano, contados da citação válida, além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% do valor da condenação.

Irresignada, **apela a ré** (fls. 164/177), sustentando, em síntese, que o acidente ocorreu por culpa exclusiva do segurado do autor, que estacionou seu veículo em local irregular (fls. 169). Diz que o motorista do caminhão já estava manobrando no momento dos fatos, quando o segurado do autor, invadiu a pista contrária. Sustenta que o segurado poderia ter se valido de rotatória próxima para estacionar na mão de direção correta. Afirma que no acostamento trafegava

Acesso ao Sumário

no local em velocidade acima da permitida (30 km/h). Aduz que o local onde ocorreu a colisão é estreito e que a segurada da autora tinha conhecimento das particularidades locais, notadamente quanto aos veículos estacionados nos dois lados da rua, de modo que deveria respeitar os limites de velocidade. Pugna pela reforma integral da r. sentença combatida, para que o pedido inicial seja julgado improcedente.

Houve contrariedade ao apelo (fls. 184/189), em defesa do desate da controvérsia traduzido na sentença recorrida.

O acórdão de fls. 199/207, proferido pela 9ª Câmara de Direito Público, não conheceu do recurso e determinou a redistribuição do feito a das Câmaras da Terceira Subseção de Direito Privado.

É o relatório, passo ao voto.

I -- Trata-se de ação regressiva de ressarcimento de danos promovida por **Tokio Marine Seguradora S.A.** contra **Município de Pedregulho.**

Segundo consta da petição inicial, o veículo GM/S10, LS 2,8, de placas FZV4955, de propriedade do segurado da autora, estava estacionado na estrada vicinal Taquari, altura do n° 1, quando foi atingido pelo caminhão de placas BFY6170, de propriedade do réu. Em decorrência do acidente e dos danos provocados no veículo segurado, a seguradora desembolsou em favor de seu segurado a quantia de R$ 4.297,99, sub-rogando-se no direito de crédito em face da causadora direto do dano.

II -- Os arts. 28, 34 e 35, da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro estabelecem:

> ***Art. 28. O condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito.***
>
> ***Art. 34. O condutor que queira executar uma manobra deverá certificar-se de que pode executá-la sem perigo para os demais usuários da via que o seguem, precedem ou vão cruzar com ele, considerando sua posição, sua direção e sua velocidade.***

Segundo consta do boletim de ocorrência, o segurado da autora "*declara que estacionou seu veículo PLACA FZV 4955 na vicinal do TAQUARI KM 01, onde se encontra uma caçamba para depositar lixos e quando estava descarregando o lixo o veículo oficial da Prefeitura de Pedregulho PLACA BFY 6170 caminhão que estava no local para recolher uma caçamba, ao manobrar dando ré, colidiu contra a frente de seu veículo causando dano na parte frontal lado esquerdo.*" (fls. 33)

Por outro lado, o motorista do caminhão de propriedade da ré "*declara que conduzia o veículo oficial da Prefeitura de Pedregulho PLACA BFY 6170 e que ao recolher uma caçamba localizada na vicinal do Taquari KM 01, o veículo PLACA FZV 4955 estacionou na contra mão de direção atrás do caminhão e*

Acesso ao Sumário

ao fazer a manobra dando ré não avistou o veículo estacionado atrás e colidiu contra a parte frontal lado esquerdo de tal veículo causando dano" (fls. 35).

Pese a insistência da requerida, do conjunto probatório existente nos autos, restou incontroverso que o veículo do segurado da autora se encontrava parado quando foi atingido pelo veículo de propriedade da ré.

Observa-se que as versões trazidas pelos envolvidos no Boletim de Ocorrência em nada divergem, circunstância que torna inconteste a dinâmica do acidente, e assim a culpa do motorista do veículo da ré, que por sua vez, deixou de trazer qualquer elemento que pudesse infirmá-la, nos termos do art. 373, II do CPC.

É irrelevante que o veículo do segurado da autora estava estacionado de maneira irregular, tratando-se de mera infração administrativa. Além disso, presume-se a culpa do motorista que causou o abalroamento, se o veículo atingido se encontrava parado no momento do acidente, situação verificada na espécie.

Nesse sentido, trilha a jurisprudência deste Tribunal:

"APELAÇÃO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - ACIDENTE DE TRÂNSITO - IMPUGNAÇÃO À JUSTIÇA GRATUITA - Insurgência contra o deferimento da gratuidade a uma das empresas corrés - Possibilidade de concessão do benefício a pessoas jurídicas em situações excepcionais, desde que demonstrada a hipossuficiência financeira - Inteligência do art. 98, § 3º, do CPC e da Súmula nº 481 do STJ - Concessão da gratuidade mantida, diante das peculiaridades do caso concreto - Documentos apresentados atestam a saúde financeira deteriorada da corré, fazendo jus, pois, ao benefício pleiteado - MÉRITO - Ação julgada improcedente - Reconvenção julgada procedente - Condutor do caminhão da requerente colidiu contra composição de caminhão e caçambas que estava parada na via pública - Presunção de culpa do condutor que colide em veículo estacionado que não foi elidida - O fato de o caminhão estar irregularmente estacionado não é suficiente para afastar o dever de indenizar do causador do dano - Sentença mantida - Majoração dos honorários recursais - Negado provimento."[1]

"RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO CONTRA MOTOCICLETA PARADA NO ACOSTAMENTO. CULPA PRESUMIDA DO VEÍCULO ALBAROADOR. INDEVIDA ULTRAPASSAGEM PELO ACOSTAMENTO. PRESUNÇÃO DE CULPA NÃO ELIDIDA. INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE ZELAR PELA SEGURANÇA DOS VEÍCULOS MENORES (ART. 29, §2º, CTB). DANO MORAL CONFIGURADO. FRATURA DE FÊMUR. VÍTIMA SUBMETIDA A CIRURGIAS E TRATAMENTOS MÉDICOS.

1 Apelação Cível 1003965-46.2018.8.26.0322; Relator (a): Hugo Crepaldi; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado Data do Julgamento: 01/06/2023.

Acesso ao Sumário

VALOR ARBITRADO COMPATÍVEL COM A DÚPLICE FINALIDADE, PUNITIVA E COMPENSATÓRIA, DA REPARAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO."[2]

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. ABALROAMENTO DE VEÍCULO ESTACIONADO NA CONTRAMÃO. MERA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. O estacionamento em local proibida constitui mera infração administrativa que não exime de culpa o condutor de veículo que, com imprudência, contra ele colide, respondendo a seguradora do colidente pelos danos causados. Devidamente comprovada a imprudência do condutor do automóvel ao abalroar veículo estacionado, deve recompor os danos causados. Decisão mantida. Recurso desprovido."[3]

Não há, portanto, provas que afastem a conclusão de que o acidente de trânsito ocorreu por culpa exclusiva da ré, mostrando-se presentes todos os pressupostos necessários para o reconhecimento de seu dever de indenizar (arts. 186 e 927, *caput*, do CC).

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

III -- Deixo de fixar honorários recursais previstos no art. 85, § 11, do CPC, porque já fixados no patamar máximo legal.

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

IV -- Ante o exposto, e pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO ao recurso, com observação.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003696-08.2021.8.26.0223, da Comarca de, em que é apelante CONDOMÍNIO EDIFÍCIO TAIPAN, é apelado ADMINISTRACAO LUFERRSI DE BENS PROPRIOS REIRELI.

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

Acesso ao Sumário

2 Apelação Cível 1000350-90.2015.8.26.0439; Relator (a): Alfredo Attié; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 07/12/2017.

3 Agravo de Instrumento 2027654-64.2019.8.26.0000; Relator (a): Felipe Ferreira; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 16/04/2019.

integra este acórdão. **(Voto nº 51.564)**

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

São Paulo, 9 de julho de 2024.

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: Condomínio edilício - Ação cominatória - Infiltração na unidade pertencente à autora em razão de problemas na impermeabilização contratada pelo condomínio réu - Perícia que concluiu, desde a manifestação original do expert, pela existência de culpa do condomínio, a despeito das respostas a quesitos destacadas pelo réu em seu recurso ou da manifestação de seu assistente técnico - Dever de indenizar do réu confirmado, afastada qualquer culpa concorrente - Sentença mantida - Recurso improvido.

VOTO

A r. sentença de fls. 488/491, declarada a fls. 522/523 e 537, cujo relatório é ora adotado, julgou procedente a ação cominatória relativa a condomínio edilício.

Apelou o condomínio, a fls. 540/548, pedindo a reforma e argumentando que parte da área comum da cobertura é utilizada de forma exclusiva pela unidade condominial da autora como área de lazer, sem autorização formal do condomínio; afirma que a apelada realizou obras nessa área ocasionando modificações inclusive no piso; tais modificações foram detalhadas pelo assistente técnico do apelante e não consideradas nem pela perícia e nem pela decisão apelada; teceu críticas a outros aspectos do laudo apontando contradições que não teriam sido analisadas pela sentença; afirma que a condenação foi genérica, sem amparo técnico ou normativo que indique a necessidade de se proceder duas impermeabilizações e a recomposição do telhado; reclama necessidade de melhor delimitação da condenação; sustenta que a realização de obras no curso da lide não configura confissão ou reconhecimento do pedido; de qualquer forma, "a condenação deve ser limitada ao que de fato necessitaria ser feito para cessar as infiltrações, não podendo a condenação ignorar as obras realizadas pelo condomínio e que cessaram os problemas", devendo tais obras serem consideradas na fixação da multa diária.

Processado o recurso, subiram os autos com contrarrazões.

É o relatório.

O recurso não prospera e soa protelatório.

Acesso ao Sumário

Trata-se de ação cominatória movida pela proprietária da unidade 51, integrante do condomínio réu, narrando que se encontra localizada no último andar do edifício, sendo a laje de cobertura constituída em quase sua totalidade de áreas comuns condominiais, onde se encontra a casa de máquinas do elevador, caixa d´água e telhado de fibrocimento. Alega que procedeu a pintura do imóvel, contudo, nas primeiras chuvas de verão, surgiram sinais de umidade no teto dos cômodos sob a área comum, tendo o requerido providenciado a cobertura, no final do ano de 2020, de uma parte da área coletiva com telhado de fibrocimento, contudo não trouxe resultado para a solução das infiltrações de origem da área comum coberta do condomínio. Pleiteia a condenação do réu na identificação das patologias, origens e procedimentos necessários para total eliminação dos vícios apontados na parte da laje pertencente à área comum do telhado do condomínio e outros da área comum que se verificarem.

Ao contrário do que sustentou o réu/apelante em seu recurso, não houve qualquer falha no elaborado trabalho do perito judicial e seus complementos que apontam o réu como responsável pelos danos.

É o que se depreende claramente da bem elaborada sentença de primeiro grau:

> ...O perito concluiu que " [...] 1. *Os problemas de infiltração no imóvel da autora são provenientes das tubulações de uso comum do Condomínio localizadas no "caixão perdido" entre o pavimento inferior e o pavimento superior, de forma generalizada, deixando o apartamento nº 51 em condições precárias de habitabilidade e salubridade. Trata-se de infiltração ativa, portanto, todo o encanamento deve ser revisado e reparado. Também foram constatadas infiltrações pelas fachadas atingindo sala e Dormitórios.* [...] " (Conclusão as fls. 301/303).
>
> ...
>
> Assim sendo, como consignado no corpo da presente fundamentação, a prova produzida nos autos atestou a responsabilização com a obrigação de fazer imputada (proceder os reparos necessários à solução do vazamento e infiltrações).
>
> Para **evitar futuras arguições de nulidade**, amparada nos requisitos do artigo 489, §1º do Código de Processo Civil, anoto, desde já, que **todas as soluções jurídicas abrangidas por esta sentença afastam todas as outras arguidas pelas partes no curso da lide, especialmente, porque incapazes de infirmar a sentença final, nos limites argumentativos exigidos pelo referido dispositivo**. No mais, "***o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão***

Acesso ao Sumário

recorrida" (STJ - EDcl no MS 21.315/DF).

O condomínio réu, embora ressalve não se tratar de aceitação tácita ou confissão, admite que houve vazamentos na unidade, bem como que procedeu a parte dos reparos indicados pelo perito. Contudo, impugna que os reparos indicados sejam de sua exclusiva responsabilidade.

Anoto que, apesar das críticas ao laudo pericial, a existência de infiltrações no imóvel e os consequentes danos causados ao condômino restou incontroversa, não tendo as partes apresentado qualquer impugnação suficientemente fundamentada para afastar a conclusão do I. Perito, que inclusive foi ratificada em esclarecimentos periciais.

Assim, constatada a existência de vícios no imóvel já reparados e outros a serem reparados, a procedência da ação era de rigor.

Reitero que a despeito dos laudos divergentes ofertados pelos assistentes técnicos das partes, a conclusão sempre foi de que os danos eram decorrentes da infiltração causada por problemas de responsabilidade do condomínio, sendo detalhadamente indicado quais foram os danos advindos da respectiva falha e a respectiva extensão.

Assim, a perícia oficial bem fundamentada com base nas normas técnicas aplicáveis à espécie, esclarecendo satisfatoriamente os pontos levantados nos quesitos, realizada por profissional de confiança do juízo e equidistante dos interesses das partes, esclareceu à saciedade as razões da existência de responsabilidade do condomínio pelos danos.

Com efeito, na maioria das vezes, o parecer de assistente técnico tem por escopo dar respaldo ao interesse da parte que o indicou, ao contrário do que ocorre com o perito oficial, mormente como no caso, em que justificou amplamente suas conclusões, de sorte que nenhuma razão existe para que não sejam aceitas.

Portanto, tendo sido conclusivas as informações do laudo pericial, não há se falar sequer em culpa concorrente por falha na manutenção da unidade do autor.

E para o cumprimento da obrigação imposta corretamente foi fixada a multa diária, cuja finalidade, em suma, é compelir o devedor a cumprir a obrigação e, portanto, deve ser fixada em patamar que exerça um poder coercitivo e ao mesmo tempo não configure enriquecimento indevido da parte adversa.

Mais não fosse, o que se espera é a não aplicação da sanção, cabendo à parte o fiel cumprimento das ordens judiciais mesmo porque até a execução o montante das astreintes pode ser majorado, caso se afigure insuficiente para penalizar a parte que resistiu ao comando jurisdicional, ou reduzido, caso ocasione enriquecimento indevido ou se torne desproporcional à obrigação.

Em suma, a r. sentença foi bem lançada, não comportando reparos.

Por fim, majoro os honorários de sucumbência para 12% sobre a base de

cálculo indicada na sentença por força do artigo 85, parágrafo 11 do Código de Processo Civil.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004953-22.2023.8.26.0248, da Comarca de Indaiatuba, em que é apelante RAFAEL RICOLDI DOS SANTOS, é apelado CAME DO BRASIL INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO E SERVIÇOS DE AUTOMAÇÃO LTDA.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 91039)**

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

São Paulo, 4 de julho de 2024.

ENIO ZULIANI, Relator

Ementa: Responsabilidade civil fundada em suposta violação do dever de sigilo de comunicação e de dados de identificação. Situação que deve ser analisada diante de prática considerada concorrência desleal pela Lei 9279/96, art. 195, III. A empresa que fechou contrato de serviços com a ré reclama do fornecimento de mensagens eletrônicas e do teor do contrato enviados para a empregadora do sócio controlador e que serviram para a rescisão do contrato de trabalho fosse selada por justa causa (art. 482, "c", da CLT). Necessário confrontar o aspecto ilícito da conquista de clientela, pelo autor, com a visibilidade dos papéis incriminadores de concorrência desleal, para rejeitar essa pretensão nada razoável, pois em sendo reconhecida a responsabilidade de quem forneceu elementos contra ilicitudes de amplas repercussões, estaria o Tribunal reprovando aquele que não compactuou com o ilícito, obrigando a pagar ao empregado alheio e que desvia clientela do patrão o que ele receberia por uma rescisão sem justa causa, acrescida de dano

Acesso ao Sumário

moral. Improcedência mantida. Não provimento.

VOTO

Vistos.

Publicou o Juízo da 3ª Vara Cível de Indaiatuba a sentença de fls. 284-291, rejeitando ação indenizatória promovida pela ruptura deletéria do dever de guardar sigilo de comunicação virtual (e-mails pela plataforma whatsapp). O recorrente e a requerida celebraram contrato de cunho empresarial e para que chegassem a um consenso mensagens foram trocadas até que se concluísse a negociação para implementação de cancelas de portaria de condomínio de lotes, atividade desenvolvida pela empresa do autor. Ocorre que antes de constituir a firma prestava ele serviços para uma sociedade que explora o mesmo ramo e naquele momento nutria perspectivas concretas de que seria despedido, por iniciativa patronal, sem justa causa. Porém e com o vazamento dos dados para a sua empregadora, a razão do fim do contrato de trabalho foi alterado para justa causa (concorrência desleal), o que resultou na improcedência da reclamação trabalhista ajuizada. Diz que a requerida não possui motivo para enviar as mensagens antecedentes do contrato para a sua empregadora, o que constitui violação da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet, artigos 2º, 3º e 7º) e 5º, X, XII e LXXIX, da Constituição Federal.

Esse o resumo da proposta de provimento que, foi rechaça em contrarrazões.

É o relatório.

Fez o eminente Magistrado prolator do decisum, Dr. Felipe Feliz da Silveira, uma correta distinção entre os contornos da presente lide com o precedente do STJ, da lavra da ilustre Ministra Nancy Andrighi (Resp. 1.903.273 PR, DJ de 30.8.2021), uma comparação motivadora do reconhecimento de que o envio das mensagens que seriam, em tese, reservadas por privatividade constitucional (art. 5º, X, XII e LXXXIX), não caracteriza ilícito (art. 186 do CC).

A recorrida atendeu a um pedido da ATGB (empregadora do autor da ação) e remeteu os conteúdos de correspondência eletrônica trocada com o autor sobre fechamento de contrato para instalação de cancelas de portaria de condomínios, sendo que esse material serviu para que a destinatária de tais documentos provasse, na Justiça do Trabalho, que existia justa causa (concorrência desleal praticada pelo empregado, o ora autor) para o encerramento do contrato de trabalho. O autor quer, por vias oblíquas, receber daquele que teria rompido o dever de sigilo de comunicação e de dados pessoais (Lei 12.965/2014, arts. 2º, 3º e 7º), o que não recebeu na reclamação trabalhista (verbas rescisórias que seriam pagas caso não fosse reconhecida a justa causa) e dano moral (art. 5º, V e X, da Constituição Federal).

É preciso interpretar com sensibilidade jurídica a posição da recorrida

Acesso ao Sumário

diante do pedido que lhe foi formulado (fls. 168-169). Embora não conste o fundamento da vontade de serem conhecidos os dados contratuais solicitados, está evidenciado (fato incontroverso do art. 374, I e III, do CPC) que a razão era de reunir provas robustas de que o autor, na vigência do contrato de trabalho com cláusula de confiabilidade, praticava atividade igual em paralelo e no anonimato, pelo menos em relação a empregadora. Essa é uma verdade que foi reconhecida na Justiça do Trabalho, ao rejeitar a reclamação trabalhista manejada para reverter a despedida por justa causa para dispensa imotivada.

Embora não exista um código de ética a recomendar reserva absoluta das empresas que contratam prestadores de serviços, sobre as tratativas e as condições do negócio, também não existia proibição de dar visibilidade, desde que nesse contexto exista uma lógica razoável para a publicidade dos fatos inseridos em comunicação empresarial por plataforma digital. Ora, se o pedido da empregadora foi recebido visando coletar provas de uma ilicitude cometida no curso de contrato de trabalho, não é possível enxergar, no atendimento, violação ilegal (ilegítima ou arbitrária) e, principalmente, desumana do sigilo das comunicações particulares. E isso deve ser declarado a despeito da intensidade das consequências da descoberta do contrato que a empresa do autor fechou preterindo, em tese, a própria empregadora, candidata potencial para o fornecimento das cancelas de entrada e saída de moradores.

O sistema jurídico apoia iniciativas que conduzam ao desenvolvimento do comércio em geral e que implica no crescimento pessoal do empreendedor, tanto que admite a livre concorrência (art. 170, IV, da CF). O que não se tolera, devido ao sentido nocivo, é a cooptação de clientela por métodos desleais, como a do empregado que, em plena duração do contrato de trabalho, abre uma firma para prestar o mesmo serviço da empregadora e na área geográfica de atuação, por constituir uma manobra capciosa dentro do mercado e perante a clientela em potencial, exatamente por favorecer a quem não deveria revelar dados patronais confidenciais. Entre aqueles que, em tese, estão proibidos de abrir comércio paralelo e disputar a clientela já cativa do prejudicado, encontra-se não só o sócio como o empregado (CARLOS ALBERTO BITTAR, Teoria e prática da concorrência desleal, Saraiva, 1989, p. 65, item 73).

A vantagem do autor nesse campo de atividade (entre ele a empresa que o contratava) é imensa e decorre do acesso do know how completo, que se deu por confiança do pacto laboral. Essa confiança entre patrão e empregado foi quebrada pelo apelante mediante uma operação com espectro intolerável infinitamente superior a ruptura do sigilo de comunicação que serviu para a causa petendi indenizatória. O autor praticou furto de expertise e desejava, ainda, receber indenização como se a empregadora não possuísse razões para rescindir o contrato de trabalho e o peso dessa maliciosa empreitada, contrasta com a conduta de fornecimento de vestígios de ilicitude civil e penal que está sendo examinado.

Acesso ao Sumário

Ora, se for dado provimento e chancelada a condenação da ré a pretexto de ter violado leis e dispositivos legais quando exibiu papéis denunciadores de concorrência desleal, estaria sacramentada a obrigação de se calar diante de ilicitudes confirmadas, como se existisse imposição de cumplicidade com tais atos danosos. A requerida agiu no exercício legítimo de seu direito (art. 188, I, do CC) porque ao dar vazão de dados sobre caso de concorrência desleal criminosa atuou em favor da empresa prejudicada e da sociedade, porque o direito positivo reprime a concorrência desleal visando proteger, igualmente, o consumidor nacional (FÁBIO KONDER COMPARATO, "Concorrência desleal", RT, vol. 375, p. 33). Está exonerada do dever de indenizar.

Necessário registrar que a Lei 9279/96, capitula como crime (concorrência desleal) aquele que "emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem". O desvio de clientela representa o maior interesse na tutela dos direitos (GAMA CERQUEIRA qualificou de "luta da concorrência econômica é pela clientela" in Tratado da Propriedade Industrial, 2ª edição, RT, 1982, vol. II, p. 1267, § 852) de quem conquistou freguesia e perde os contatos por força de condutas maliciosas de concorrentes, como do empregado que abre uma empresa para prestar os mesmos serviços e visitar os mesmos clientes, utilizando desses dados e de tais facilitadas para fechar negócio em proveito próprio. Advirta-se não ter a Turma Julgadora utilizado da expressão "ruptura do sigilo e uso de segredos de fábrica" pelo empregado, embora a doutrina denomine todos os maliciosos comportamentos de empregados de usos desonestos da experiência adquirida (CAMPOS BIRNFELD, Da concorrência desleal, edição Brasil Patentes, 1937, p. 126).

É desproporcional a argumentação, data vênia. Ninguém deve ser punido por não compactuar com a fraude e, nesse particular, foi acertada a rejeição da demanda, sem que se possa configurar má-fé (art. 80 e incisos do CPC). Apesar de infundada a ação, por envolver uma paradoxal inversão de valores jurídicos e morais ou aquele que fornece material incriminador é que deve pagar o que a empregadora jamais teria de pagar (art. 482, "c", da CLT), não se recomenda aplicar penalidade por litigância improba, o que representa um desestímulo para a luta de direitos. Apenas e por força do art. 85, § 11º, do CPC, serão os honorários majorados para 20% do valor da causa.

Isto posto, nega-se provimento, majorados os honorários para 20% do valor atualizado da causa.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1014301-33.2022.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado STRA

NEGÓCIOS EM SAÚDE E BEM ESTAR LTDA., é apelado/apelante LINX SISTEMAS E CONSULTORIA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.526)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CRISTINA ZUCCHI (Presidente) e GOMES VARJÃO.

São Paulo, 11 de julho de 2024.

ISSA AHMED, Relator

Ementa: APELAÇÕES. Prestação de serviços. Ação declaratória de rescisão contratual c/c restituição de valores pagos. Insurgência de ambas as partes contra a r. sentença de parcial procedência. Irresignações que não prosperam. Falha na prestação de serviços comprovada. Direito da autora à rescisão do contrato que deve ser reconhecido, nos termos do art. 475 do Código Civil. Por outro lado, o pleito de restituição integral dos valores pagos não pode ser acolhido, sob pena sob pena de enriquecimento sem causa da autora, o que é vedado pelo ordenamento jurídico. Afinal, se o serviço foi prestado, ainda que de forma não plenamente satisfatória, deve haver a respectiva contraprestação. Sentença ratificada por seus próprios fundamentos. Recursos aos quais se nega provimento.

VOTO

Stra Negócios em Saúde e Bem-estar Ltda. propôs *ação declaratória de rescisão contratual c/c restituição de valores pagos* em face de Linx Sistemas e Consultoria Ltda.

Pela r. sentença de fls. 163/166, os pedidos deduzidos na inicial foram julgados parcialmente procedentes, *para declarar a resolução do contrato firmado entre as partes, bem como a inexistência de crédito ou débito entre elas.*

Em virtude da sucumbência recíproca, fixou os "*honorários em 10% do valor atualizado da causa, devendo o montante ser dividido pela metade, sendo uma destinada aos patronos do autor e a outra metade divida pelos patronos da requerida*".

Apela a autora às fls. 195/212, sustentando, em resumo, que houve falha na prestação dos serviços pela ré, motivo qual os valores pagos devem ser res-

Acesso ao Sumário

tituídos. Requer a condenação da ré à restituição integral dos valores pagos, no montante de R$ 61.634,22, devidamente corrigidos.

Apela também a ré (fls. 181/189), defendendo, em síntese, que não se aplica ao caso o Código de Defesa do Consumidor e que houve regular prestação do serviço, não havendo justa causa para a rescisão do contrato ou restituição de valores. Pede a improcedência da ação.

Recursos tempestivos e preparados.

Contrarrazões às fls. 218/225 e 226/233.

Sem expressa oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Adoto o relatório da r. sentença:

STRA COMERCIO DE PRODUTOS PARA SAÚDE LTDA ajuizou ação declaratória de rescisão contratual c/c restituição de valores pagos e pedido liminar em face de LINX SISTEMAS E CONSULTORIA LTDA alegando ter firmado com a ré contrato de utilização de software como serviço (modelo Saas) no dia 12/08/2019, para gestão de negócios e planejamento de recursos da empresa, sendo que a ré ainda prestaria serviços de manutenção do programa. Aduz que ocorreram diversas falhas na prestação do serviço, bem como que ao solicitar atendimento da ré, apenas recebeu respostas genéricas, sem o devido suporte e solução para os problemas no prazo estipulado em contrato. Ressalta que desde a contratação a plataforma jamais operou normalmente. Solicitou o cancelamento do serviço e passou a receber cobranças da ré, que entende serem indevidas. Requer a concessão de tutela de urgência para suspensão das cobranças e, ao final, a rescisão dos contratos firmados com a requerida, com a baixa definitiva das cobranças, além da restituição integral dos valores que foram pagos à ré.

A tutela de urgência foi deferida (fls. 100/101).

Citada, a requerida apresentou contestação negando qualquer falha na prestação do seu serviço, ressaltando que os primeiros chamados e reclamações ocorreram em março/2022, quase três anos após a celebração do contrato, não sendo crível que a autora permaneceria todo o período pagando por serviço não implementado, como ela alega, de modo que deve ser afastado o pedido de reembolso integral dos valores pagos, presumindo-se que o serviço foi devidamente prestado por quase três anos. Defende que a pretensão da autora viola a boa-fé objetiva, bem como que não estão presentes os requisitos para acolhimento do pedido indenizatório. Nega a aplicação do CDC ao caso. Requer a improcedência da ação. Houve réplica (fls. 129/138).

Instadas a especificarem provas, as partes se manifestaram às fls. 142 e

Acesso ao Sumário

143, nada requerendo.

A tentativa de conciliação restou infrutífera, fl. 162.

Os recursos não comportam acolhimento.

O i. magistrado de piso, na bem fundamentada sentença, realizou adequado sopesamento das teses jurídicas suscitadas pelas partes litigantes e bem valorou os elementos cognitivos reunidos nos autos, enfrentando, de forma clara e precisa, a *quaestio iuris* submetida ao crivo do Poder Judiciário, apresentando adequada solução à crise de direito material discutida na lide.

E isso torna possível a ratificação dos fundamentos do julgado monocrático de primeiro grau, na exata dicção do artigo 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, verbis:

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

Até para que não pairem dúvidas quanto ao acerto da judiciosa decisão de primeira instância, transcreve-se importante trecho do julgado ora examinado:

Malgrado o alegado pela parte requerida, restou demonstrado pelas inúmeras mensagens trocadas entre as partes a falha na prestação do serviço contratado entre as partes, fls. 32/69.

Cumpre consignar que a parte requerida não fez prova da regular prestação do serviço com a correção das falhas do sistema apontadas pela parte autora.

Anoto não ser o caso de se aplicar as figuras parcelares da boa-fé objetiva (surrectio, supressio, venire contra factum proprio), pois, não houve conduta que se postergou no tempo que autorizasse a confiança da requerida na correta prestação do contrato, bem como por se tratar de obrigação de trato sucessivo o evento novo (falha do serviço) permite a resolução do contrato, em que no passado nada ter ocorrido.

Destarte, ante o inadimplemento da obrigação assumida pela requerida, a parte autora faz jus a resolução do contrato, nos termos do art. 475 do CC.

Contudo, não é possível acolher o pedido de restituição integral da quantia paga.

Com efeito, a parte autora alega que desde o início da prestação dos serviços (12 de agosto de 2019) ocorreram falhas no sistema da requerida, porém, os documentos juntados registram reclamação a partir de abril de 2021, conforme documento de fls. 32/35, ou seja, em parte do período contratual a requerida cumpriu o entabulado.

Ademais, ainda nos meses em que o serviço apresentou falhas, houve o cumprimento parcial da avença pela requerida, o que impõe a contraprestação pela parte autora.

Acesso ao Sumário

Noutro vértice, o contrato traz previsão de aviso prévio de 90 (noventa) dias resolução do contrato (fl. 29), o que não foi observado pela requerente, portanto, os valores pagos nos meses em que houve falha na prestação do serviço devem ser compensados, reconhecendo a inexistência de valores devidos entre as partes.

Cumpre salientar que, ao contrário do alegado pela ré em sua apelação, as razões de decidir do magistrado singular não estão fundamentadas no Código de Defesa do Consumidor, mas no Código Civil.

Na hipótese, a ré não logrou comprovar que houve falha na prestação de serviços, ônus que lhe incumbia, nos termos do art. 373, inciso II, do CPC.

Por outro lado, como bem explicitado no *decisum*, ainda que tenha havido falha na prestação do serviço, não se pode admitir a restituição integral dos valores pagos, sob pena de enriquecimento sem causa da autora, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Afinal, se o serviço foi prestado, ainda que de forma não plenamente satisfatória, deve haver a respectiva contraprestação.

No mais, é indiscutível o direito da autora de rescindir o contrato, tendo em vista a liberdade de contratar e o disposto no art. 475 do Código Civil.

Na forma do art. 85, § 11, majoro os honorários sucumbenciais fixados na origem para 12% do valor da causa atualizado, para ambas as partes, tal qual estipulado pelo juízo *a quo*.

Tem-se por prequestionada e reputa-se não violada toda a matéria constitucional e infraconstitucional invocada, anotando-se a desnecessidade de menção expressa a todos os dispositivos legais e argumentos trazidos pelas partes, conforme entendimento pacífico do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, **nego provimento** aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002412-89.2021.8.26.0505, da Comarca de Ribeirão Pires, em que são apelantes TEREZA RODRIGUES DA SILVA CLEMENTE (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) e MARCOS CLEMENTE (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelada VANIA AMALIA RONCON BLAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 534)**

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

CHAKUR FARAH.

São Paulo, 12 de julho de 2024.

EDUARDO GESSE, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Ação de cobrança. Locação de imóvel residencial. Sentença que reconheceu a responsabilidade solidária dos fiadores e locatário pelo pagamento dos locativos e demais encargos contratados. Insurgência dos fiadores. Alegação de que não concordaram com a prorrogação do contrato de aluguel e, por consequência, não são responsáveis pelos débitos desse período. Descabimento. Aplicabilidade do art. 39 da Lei do Inquilinato e Súmula nº 7 deste Tribunal. Contrato de locação expresso prevendo a responsabilidade dos fiadores até a devolução das chaves do imóvel locado. Inércia dos fiadores em não utilizar a notificação exoneratória após o conhecimento da prorrogação. Inaplicabilidade da Súmula 214 do STJ. Houve prorrogação e não aditamento do contrato de locação. Sentença mantida. Majoração dos honorários, observada, todavia, a justiça gratuita. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta pelos fiadores, ora requeridos, objetivando a reforma da sentença de fls. 122/125 que julgou parcialmente procedente a ação de cobrança ajuizada por VANIA AMALIA RONCON BLAS em face de MÁRCIO CLEMENTE, MARCOS CLEMENTE e TEREZA RODRIGUES DA SILVA CLEMENTE com fim de condenar os requeridos ao pagamento dos aluguéis e demais encargos.

Os apelantes sustentam, em apertada síntese, que não são responsáveis pelo pagamento dos locativos e demais encargos contratados uma vez que estes débitos decorrem de prorrogação do contrato de aluguel de que não foram cientificados e nem concordaram. Afirmam que a cláusula que prevê sua responsabilidade até a devolução das chaves do imóvel deve ser interpretada restritivamente compreendendo o período do prazo contratual, conforme art. 819 do Código Civil. A par disso, bateram-se pela reforma da sentença com a exclusão dos apelantes do polo passivo da demanda.

Em suas contrarrazões de fls. 140/143 a apelada defende a manutenção da sentença.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Trata-se de apelação interposta objetivando a reforma da sentença que condenou solidariamente o locatário e os fiadores ao pagamento dos aluguéis inadimplentes, IPTU, conta de consumo de água e à reparação da pintura do imóvel locado.

O ponto sensível da demanda se restringe em saber se, em havendo a prorrogação do contrato de locação transmudando-se para prazo indeterminado, os fiadores responderão ou não solidariamente com o locatário pelo pagamento dos locativos e demais encargos contratados.

Anoto, de início, que a Lei do Inquilinato em seu art. 39, após as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei nº 2.112/09[1], impõe aos fiadores a responsabilidade solidária com o locatário pelo pagamento dos aluguéis e outros encargos convencionados até a efetiva devolução do imóvel, exceto se os fiadores fizerem uso da notificação resilitória nos termos do art. 835 do Código Civil.

Sobre esse tema, Humberto Theodoro Junior[2] ensina:

> Não há, outrossim, incompatibilidade entre o art. 39 da Lei de Inquilinato e o art. 835 do novo Código Civil. Prorrogado contrato locatício por prazo indeterminado, a fiança também se prorrogará por prazo indeterminado. Durante essa nova etapa da garantia, surgirá para o fiador, no entanto, a faculdade de denunciar, com efeito *ex nunc*, o contrato de fiança, da mesma maneira que qualquer das partes do contrato de locação de prazo indeterminado pode rompê-lo.

Em harmonia com a legislação específica e a doutrina, o nosso Egrégio Tribunal editou a Súmula nº 7 vazada nos seguintes termos: "*Nos contratos de locação, responde o fiador pelas suas obrigações mesmo após a prorrogação do contrato por prazo indeterminado se não se exonerou na forma da lei*".

Como se vê, a responsabilidade dos fiadores, quando há a prorrogação do contrato de locação transmudando-se de prazo determinado para indeterminado, e desde que haja convenção, se estende até a entrega das chaves ou a efetiva restituição do bem locado.

No caso em exame, no contrato de locação, em especial na cláusula 14, ficou estabelecido que os fiadores e locatário respondem solidariamente em relação às obrigações ali exaradas até a devolução das chaves do imóvel ora locado.

A outro giro, mesmo tendo conhecimento da prorrogação, ficaram inertes não se utilizando da notificação exoneratória que lhes facultava a lei, como lhes faculta, o art. 835 do Código Civil.

Não socorre o apelante a Súmula 214 do STJ a qual é inaplicável no caso em exame. É que não houve nenhuma modificação nas bases do contrato de locação. Ele foi tão só prorrogado, de sorte que a hipótese não se ajusta aquela elencada na aludida súmula.

Acesso ao Sumário

1 Art. 39. Salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel, ainda que prorrogada a locação por prazo indeterminado, por força desta Lei.

2 Theodoro Júnior, Humberto. A fiança e a prorrogação do contrato de locação. **Revista CEJ.** V. 8 n. 24. 2004. p. 56. Disponível em: https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/598.

Registre-se que sobre esse tema já decidiu a jurisprudência desta Câmara e deste Tribunal:

> APELAÇÃO. LOCAÇÃO. **Responsabilidade do fiador.** Inocorrência de exoneração da fiança. **Cláusula contratual expressa quanto à prorrogação da garantia até a efetiva entrega das chaves.** Manutenção da r. sentença. RECURSO DO RÉU NÃO PROVIDO (TJSP; Apelação Cível 1002607-08.2022.8.26.0063; Relator (a): Berenice Marcondes Cesar; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barra Bonita - 2ª Vara; Data do Julgamento: 29/01/2024; Data de Registro: 29/01/2024) (grifo nosso).
>
> APELAÇÃO. Locação de imóvel não comercial. Ação de despejo por falta de pagamento de aluguel e encargos. Sentença de procedência. Irresignação das rés. Descabimento. **Alegação de término da responsabilidade da fiadora com o vencimento do prazo contratual não procede, pois há cláusulas expressas prevendo que a responsabilidade do fiador subsiste até a entrega real e efetiva das chaves do imóvel,** bem como da possibilidade de renovação automática do contrato. **Aplicabilidade da Súmula nº 7 desta Corte: "Nos contratos de locação, responde o fiador pelas suas obrigações mesmo após a prorrogação do contrato por prazo indeterminado se não se exonerou na forma da lei". Caso concreto que não se amolda ao preceito da Súmula 214 do C. STJ.** Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. Recurso não provido (TJSP; Apelação Cível 1010617-90.2020.8.26.0037; Relator (a): Rodrigues Torres; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Foro de Araraquara - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/12/2023; Data de Registro: 19/12/2023) (grifo nosso).
>
> Apelação - Embargos à execução - Locação de imóvel residencial - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Provas pretendidas irrelevantes para a solução do litígio - Responsabilidade do fiador após a prorrogação do contrato por prazo indeterminado - Existência - **Prorrogação da relação locatícia decorre de determinação legal, prevista na lei a responsabilidade do fiador até a efetiva entrega das chaves, disposição que também constou no contrato - Suposta ausência de ciência do fiador sobre a prorrogação do contrato que não afasta sua responsabilidade** - Recurso desprovido (TJSP; Apelação Cível 1000722-98.2022.8.26.0534; Relator (a): Monte Serrat; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santa Branca - Vara Única; Data do Julgamento: 29/11/2023; Data de Registro: 29/11/2023) (grifo nosso).

Nessa situação, não haveria, como não há, meio de se excluir a responsabilidade solidária dos fiadores pelo pagamento dos alugueres não pagos, IPTU, conta de consumo de água e reparação da pintura do imóvel.

Diante desse cenário, meu pronunciamento final é pela manutenção da sentença nos seus exatos termos, **NEGANDO-SE PROVIMENTO** ao recurso.

Deverão os apelantes arcar com as custas, despesas processuais e com a

Acesso ao Sumário

verba honorária que elevo para 15% do valor atualizado da causa.

Registre-se que tais verbas só poderão ser exigidas se os apelantes perderem a condição de beneficiários da assistência judiciária gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1062108-55.2023.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante JANAIRA TAINAR FONTES PESSOA, é apelado ROBERTO PESSOA DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, na parte conhecida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.010)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANGELA MORENO PACHECO DE REZENDE LOPES (Presidente sem voto), JAIR DE SOUZA e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 12 de julho de 2024.

JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - Compra e venda - Ação de Obrigação de Fazer - Pretensão obrigar o réu a realizar a transferência do financiamento do imóvel para seu nome - Sentença de improcedência - Inconformismo da autora - Alegando que o não cumprimento da obrigação assumida pelo réu por ocasião do divórcio das partes está lhe causando prejuízo, visto que ele não vem adimplindo com o pagamento das parcelas do financiamento - Descabimento - Obrigação de transferência de titularidade do financiamento que depende de avaliação e aprovação do credor fiduciário - Indenização dos supostos danos sofridos que trata-se de inovação recursal - Recurso não conhecido em parte e desprovido na parte conhecida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de Apelação interposta contra decisão proferida pelo MM. Juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de Guarulhos, em Ação de Obrigação de Fazer proposta por JANAIRA TAINAR FONTES DE PESSOA contra ROBERTO PESSOA DE OLIVEIRA, que julgou a ação improcedente, condenando a autora no

pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, observada a gratuidade concedida.

Apela a autora, pleiteando a procedência da ação para condenar o réu na obrigação de fazer consistente na transferência do financiamento do imóvel para o seu nome, bem como no pagamento dos danos suportados, visto que o não cumprimento da referida obrigação assumida pelo réu na ocasião do divórcio das partes está causando diversos prejuízos a autora, como a inscrição de seu nome do cadastro de proteção ao crédito, uma vez que ele não vem adimplindo com o pagamento das parcelas de financiamento.

Recurso tempestivo, isento de preparo e não contrarrazoado.

É o breve relatório do necessário.

Primeiramente, deixo de analisar o pedido da autora quanto a condenação do réu no pagamento dos supostos danos sofridos, visto que tal pleito não foi formulado na inicial, tratando-se de inovação recurso.

Assim, não conheço do recurso quanto ao pedido de reparação de danos e passo a análise das alegações da autora quanto a obrigação do réu em transferir a titularidade do financiamento do imóvel.

E neste ponto, não assiste razão a apelante.

De fato, através do acordo homologado nos autos nº 1008164-75.2022.8.26.0224, o réu assumiu a obrigação de realizar a transferência de propriedade e o financiamento do imóvel indicado na inicial para o seu nome.

Ocorre que tal medida não pode ser estabelecida porquanto exige autorização expressa do agente financiador, como bem observado pela MM Juiz sentenciante, no seguinte trecho transcrito:

Com efeito, a cláusula relativa à transferência de imóvel alienado fiduciariamente para apenas um dos mutuários (cônjuges ou conviventes), sem a anuência do credor fiduciário (instituição financeira), contraria o ordenamento jurídico pátrio, posto que indispensável a anuência deste para eventual alteração do contrato de financiamento imobiliário e respectivo registro junto ao Cartório de Registro de Imóveis.

A pretensão de transferir o imóvel alienado ou dívida para somente um dos cônjuges (ou conviventes) contraria a legislação civil, visto que a assunção da dívida por apenas um dos mutuários depende de prévia anuência do agente financeiro credor, conforme previsão do artigo 299 do Código Civil.

Além disso, é vedada a cessão do contrato de financiamento sem a anuência da instituição financeira, conforme regra estabelecida pelo Sistema Financeiro da Habitação (artigo 1°, parágrafo único, da Lei n. 8.004/90).

Desta forma, considerando que eventual cessão e transferência das obrigações contraídas pelo ex-casal dependem da anuência da instituição financeira, de rigor consignar que eventual alteração da titularidade do contrato deve-

Acesso ao Sumário

rá ser providenciada pelas partes junto à instituição financeira, não cabendo a este Juízo qualquer interferência no negócio realizado, nos termos do disposto no art. 29, da Lei n. 9.514, de 1997: "O fiduciante, com anuência expressa do fiduciário, poderá transmitir os direitos de que seja titular sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações" (verbis, cfr. fls. 39).

Ademais, verifica-se que no acordo firmado entre as partes restou consignado que o réu realizaria a transferência do financiamento somente para o seu nome assim que possível, não havendo prazo determinado para tanto (cfr. fls. 22).

Ante o exposto, não conheço de parte do recurso e nego provimento na parte conhecida.

Por fim, deixo de majorar os honorários advocatícios aplicados na r. sentença apelada, levando em conta inexistência de trabalho adicional desenvolvido pelo patrono da apelada em âmbito recursal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1019582-57.2023.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante STONE SOCIEDADE DE CRÉDITO S/A, é apelado RAVEN COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE FERRAMENTAS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.708)**

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

São Paulo, 4 de julho de 2024.

FLÁVIO CUNHA DA SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. Restituição de valores. Processamento de pagamentos por meio de cartão de crédito. Falha na prestação de serviços de intermediação. Gestão de pagamentos. Decisão de procedência. Venda realizada pela autora. Autorização da ré para a realização da transação comercial e pagamento remoto via cartão de crédito. Posterior contestação. Estorno dos valores pela ré. Descabimento. Documentos que

demonstram que a autora agiu com cautela. Prática abusiva, pois imputa responsabilidade exclusiva ao vendedor quanto às suspeitas de fraude na utilização de cartão de crédito. É responsabilidade da operadora a segurança do sistema por meio do qual presta seus serviços. Sentença mantida, nos termos do artigo 252, do RITJSP. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 455/475) interposto contra a r. sentença (fls. 446/452) que julgou procedentes os pedidos formulados por *Raven Comércio e Importação de Ferramentas Ltda* em face de *Stone Instituição de Pagamentos S/A* nesta Ação de Indenização por Danos Materiais, condenando a ré ao pagamento de R$ 1.623,34 (mil seiscentos e vinte e três reais e trinta e quatro centavos) em favor da autora, além das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios devidos ao patrono da parte *ex adversa*, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Em suas razões recursais, argui a ré preliminarmente a inexistência de relação de consumo entre as partes e a ocorrência de cerceamento de defesa. No mérito, pugna pela reforma integral da sentença, com a inversão do julgado, a fim de que seja afastada a sua condenação ao pagamento da importância estornada à autora, argumentando a legalidade do procedimento de "chargeback" em casos de fraude (fls. 455/475).

Tempestivamente interposto e regularmente preparado, recebe-se o recurso em seus regulares efeitos.

Apresentadas contrarrazões (fls. 491/499).

Atribuído à causa o valor de 1.623,34 (mil seiscentos e vinte e três reais e trinta e quatro centavos), em 22/02/2023.

É o relatório.

Cuida-se de ação ordinária por meio da qual narrou a autora que, na condição de empresa atuante no segmento de comércio e importação de ferramentas, teria contratado os serviços da ré a fim de disponibilizar aos seus clientes a possibilidade de pagamento dos produtos por meio de cartões de crédito e débito. Contudo, mesmo após haver comprovado a regularidade da transação, a ré teria efetuado um desconto indevido de seus recebíveis, relacionado a uma venda contestada por um consumidor. Assim, pugnou pela condenação da ré à restituição da quantia supramencionada e à declaração de nulidade das cláusulas contratuais que lhe "*repassem o risco inerente à atividade*" desenvolvida por ela.

Pois bem.

Em primeiro lugar, a preliminar de cerceamento de defesa deve ser re-

Acesso ao Sumário

chaçada.

Na hipótese, não se vislumbra a necessidade de dilação probatória, principalmente diante da documentação juntada aos autos por ambas as partes, suficiente para o julgamento da causa.

Conforme já decidiu o E. Supremo Tribunal Federal:

(...) a necessidade da produção de prova há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique em cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do Magistrado (RE nº 101.171-8/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, RTJ 115/789).

No mesmo sentido, esta C. Corte já decidiu o seguinte:

(...) para que se tenha caracterizado o cerceamento de defesa em decorrência da ausência de dilação probatória, faz-se necessário que, confrontadas as provas que foram requeridas com os demais elementos de convicção carreados ao processo, elas não só apresentem capacidade potencial de demonstrar o fato alegado, como também se mostrem indispensáveis à solução da controvérsia, sem o que fica legitimado o julgamento antecipado da lide. A par disso, cumpre ainda salientar que o juiz, ao apreciar a validade de um negócio jurídico, não fica, em princípio, sujeito a este ou àquele tipo de prova (TJSP, Apel. 990.10.076540-0, 21ª Câmara de Direito Privado, j. 9.2.2011, Rel. o Des. Itamar Gaino).

Ademais, cumpre notar que cabe ao juiz velar pela rápida solução do litígio, bem assim determinar as provas necessárias à instrução do processo e indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Assim, não há que se falar em necessidade de dilação probatória.

O recurso não comporta provimento, devendo a r. decisão ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir pelo desprovimento do apelo, nos termos do artigo 252, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, que dispõe: "*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

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

O E. Superior Tribunal de Justiça prestigia este entendimento quando reconhece em seus julgados "*a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar*

Acesso ao Sumário

o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum" (REsp n° 662.272- RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 4.9.2007; REsp n° 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 21.11.2005; REsp n° 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2004 e REsp n° 265.534- DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 1.12.2003).

Transcreve-se, por oportuno, parte da decisão atacada:

Inicialmente, tenho por possível a aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor na hipótese dos autos, dada a clara vulnerabilidade da empresa autora na celebração do contrato de prestação de serviços, especialmente dada a especialidade dos serviços em comento e a gigantismo da ré nesse segmento da atividade econômica e o contrato ser por adesão, onde a autora não teve qualquer possibilidade de negociação nas respectivas tratativas e fora obrigada a aderir a cláusulas formatadas unilateralmente e impostas aos contratantes.

Anoto o seguinte entendimento do C. TJSP em caso similar: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. RESSARCIMENTO DE VALORES - CHARGEBACK RELAÇÃO DE CONSUMO - insurgência em face da decisão saneadora pela qual foi reconhecida como de consumo a relação havida entre as partes e invertido o ônus da prova, nos moldes do art. 6º, VIII do CDC - relação de consumo caracterizada - agravada que é microempreendedora individual atuante no ramo de comércio de telhas, chapas de poliéster, embalagens de papel e papelão - aplicação da teoria finalista mitigada - presença de excepcional vulnerabilidade técnica, jurídica, fática e informacional a atrair a incidência da referida teoria - inversão do ônus da prova cabível - cumpre aos agravantes comprovar as razões pelas quais se dão os estornos por eles implementados, em relação aos créditos da agravada (chargeback) - agravo desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2063452-47.2023.8.26.0000; Relator (a): Castro Figliolia; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/08/2023; Data de Registro: 23/08/2023).

Celebraram as partes *"Contrato de Produtos e Serviços de Pagamento"* (fls. 301/384), pelo qual a ré obrigou-se a prestar à autora *"serviços consistentes na captura, roteamento, transmissão, processamento e liquidação das transações"* (2.1, fl. 20), responsabilizando-se por falhas decorrentes de culpa ou dolo (2.3).

O instrumento contratual estabeleceu ainda, como obrigações da autora, dentre outras, *"realizar transações legítimas e exclusivamente nos ramos de atividade para os quais tenha sido autorizada"* (4.1, "iii', fl. 21); armazenar os documentos que comprobatórios da venda/prestação de serviços ("iv") e abster-se de utilizar tecnologia *"que venha a trazer riscos de fraude ou segurança para o sistema Global Payments" ("vii")*.

Com relação às transações "sem cartão presente", o contrato ao qual aderiu a autora previu como hipótese de responsabilidade objetiva do

Acesso ao Sumário

estabelecimento, dispondo que *"as transações realizadas sem cartão presente que forem objeto de contestação pelo portador serão canceladas independentemente de comprovação, pelo estabelecimento, de sua efetiva realização"* (9.1, fl. 27; e 13.1.2, fl. 30).

Todavia, tal atribuição de responsabilidade objetiva deve ser tida por abusiva e, pois, ineficaz, uma vez que transfere todo o risco da atividade da ré, enquanto credenciadora de pagamento, ao estabelecimento contratante dos seus serviços, contrariando a boa-fé objetiva (art. 422, CC), situação que não pode subsistir.

No caso dos autos, a requerente, em seu ramo de atividade, utilizando-se do sistema disponibilizado pela requerida, efetuou vendas de mercadorias, que foram pagas com uso de cartão de crédito, pelos links de pagamento disponibilizados, tendo os bens sido retirados por pessoa contratada pelo comprador após a regular aprovação das transações.

Ora, a empresa requerida aufere renda com oferta aos lojistas dos serviços de intermediação de pagamentos com utilização de cartões de crédito, sendo remunerada por esse serviço, de modo que faz parte do risco do negócio as eventuais contestações de clientes e/ou compradores, devendo assumir esse risco e não pretender transferir ao lojista que em nada contribuiu para a contestação da operação de crédito.

No caso em tela, nada há a indicar que a autora de alguma forma tenha concorrido para a suposta fraude posteriormente descoberta, a partir das contestações dos reais portadores dos cartões de crédito utilizados.

Deve ser registrado, além disso, que a autora apresentou toda a documentação comprobatória das transações, cumprindo assim com as suas obrigações contratuais e não podendo ser responsabilizada unicamente pelo fato da transação ter sido *"sem cartão presente"*, serviço que lhe é disponibilizado pela ré. Por outro lado, verifica-se que a requerida não agiu diligentemente para evitar as fraudes em questão, pois, como alegado em sua própria defesa, os nomes dos titulares dos cartões de crédito não conferem com aquele indicado nas notas fiscais apresentadas (fls. 102/103), nome que, todavia, foi informado no momento do pagamento, (fls. 63/64) e, ainda assim, restaram autorizadas as transações, evidenciando não haver conferência dos dados pessoais informados.

Ainda, os questionamentos suscitados pela ré à narrativa autoral foram aplacados em réplica, restando suficientemente esclarecidas, dentre outras questões, as circunstâncias da retirada e entrega dos bens adquiridos.

Dessa forma, tendo a requerida, em razão da atividade por ela exercida, confirmado a higidez dos pagamentos nos momentos das transações, aprovando-os e ensejando a liberação das mercadorias, deve responder pelos valores destes, não sendo a hipótese de transferir os riscos da sua atividade à autora.

Portanto, devem ser afastadas as cláusulas contratuais utilizadas pela ré para embasar a retenção ou a compensação dos valores referentes

Acesso ao Sumário

às transações em questão, estando a ré consequentemente obrigada a repassá-los à requerente.

Nesse sentido:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. Sentença que julgou improcedente o pedido. Ônus sucumbenciais a cargo da autora. INSURGÊNCIA DA REQUERENTE. ***Contrato de prestação de serviços de meios de pagamento. Ausência de repasse pelas vendas efetuadas. Operação de "chargeback" (contestação, por usuário, de transação de pagamento). Requerida que, ao autorizar e aprovar a venda pelo cartão de crédito, assume para si o risco inerente à sua atividade empresarial, devendo evitar a ocorrência de fraude nas vendas realizadas nessa espécie de negócio. Ineficácia da cláusula contratual que transfere ao estabelecimento comercial a responsabilidade por transação não reconhecida pelo titular do cartão de crédito.*** *Precedentes desta C. Câmara. Sentença reformada. Recurso provido para julgar procedente a demanda, nos termos delineados na fundamentação.* (TJSP; 1008592-12.2020.8.26.0100; Rel.: Marcos Gozzo; 23ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 41ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/01/2022)

É o caso, pois, de acolhimento integral da pretensão autoral.

Inicialmente, cumpre destacar que, na hipótese, é possível a mitigação da Teoria Finalista, pois, ainda que se discuta a condição da autora como destinatária final do produto ou serviço, diante de sua vulnerabilidade técnica, jurídica e econômica, há necessidade de aplicação das normas protetivas do Sistema de Defesa do Consumidor.

Aliás, a retenção unilateral realizada pela ré demonstra nitidamente a patente inferioridade desta diante daquela, que detém supremacia econômica, técnica e relativa às informações das operações em disputa.

Cabe a ré, portanto, a responsabilidade pelo repasse dos valores decorrentes da compra que, consoante demonstrado nos autos, previamente aprovou.

Neste sentido tem entendido este E. Tribunal de Justiça em casos semelhantes:

AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. Contrato de prestação de serviços da Cielo, com utilização de máquina para recebimento de crédito e débito oriundos de atividade comercial. Aplicabilidade da legislação de consumo Incidência da teoria finalista mitigada diante da vulnerabilidade técnica da autora. Desconto de recebíveis da empresa autora, de valores contestados pelo cliente acerca de transações comerciais realizadas, sob a alegação de que houve fraude. Inexistência de elementos que demonstrem ter havido falta de diligência da autora ao concretizar as vendas ré. Risco inerente à atividade da Autora que agiu com cautela, pois obteve os dados cadastrais do cliente, e cópia de

Acesso ao Sumário

seus documentos pessoais, antes de realizar a venda, emitir a nota fiscal e realizar a entrega dos produtos. Cláusula chargeback que não prepondera sobre os princípios da boa-fé objetiva e da segurança que se espera nas relações negociais. Precedentes desta Corte. Sentença mantida. DESPROVIDO. (TJSP; Apelação nº 1001988-78.2020.8.26.0506; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Relator: Ramon Mateo Júnior; Data do Julgamento: 23/10/2020).

Ação de indenização por danos materiais e morais. Contrato de prestação de serviços para uso de máquina de cartão (contrato de credenciamento). Valores tidos como indevidamente retidos, com base na cláusula contratual de "chargeback". R. sentença de parcial procedência, com apelo só da empresa requerida. Código de Defesa do Consumidor. Mitigação da Teoria Finalista que se mostra plausível. Conjunto probatório desfavorável à tese esposada pela requerida. Não comprovadas razões que autorizassem as retenções de valores, sendo de rigor a restituição dos mesmos, com abatimento do importe incontroversamente já devolvido. Recurso parcialmente provido. (TJSP; Apelação nº 1007086-49.2021.8.26.0008; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Relator: Roberto Mac Cracken; Data do Julgamento: 03/03/2022).

Na hipótese, a autora aderiu ao sistema da credenciadora ré a fim de viabilizar a utilização de cartões em transações de compra e venda de mercadorias ou prestação de serviços, confiando na segurança das transações efetivadas.

Contudo, diante da contestação da transação discriminada na petição inicial, foi retida da empresa autora a importância de R$ 1.623,34 (mil seiscentos e vinte e três reais e trinta e quatro centavos), com base na cláusula "chargeback".

Este E. Tribunal tem considerado inválida a cláusula do contrato de credenciamento que impõe à empresa contratante o ônus de arcar com a ocorrência de fraude nas transações, sendo nula de pleno direito, por contrariar a função social do contrato.

Neste sentido:

DANOS MATERIAIS. Vendas realizadas pela autora por meio de sistemas administrados pelos réus. Ausência de repasse à demandante de valores relativos a compras contestadas pelos titulares dos cartões de crédito (chargeback). Impossibilidade. Conduta dos demandados pautada em cláusula contratual que atribui a responsabilidade, em casos tais, ao estabelecimento comercial. Cláusula abusiva. Afronta ao princípio da boa fé contratual (art. 422, do CC). Eventuais fraudes praticadas por terceiros integram o risco da atividade empresarial praticada pelos requeridos. Dinâmica dos fatos que demonstram que a requerente não possuía

Acesso ao Sumário

meios de evitar a ocorrência das fraudes, uma vez que não tem acesso ao cartão ou ao pagador e que os apelados poderiam minimizar as ocorrências se utilizassem mais informações sobre o portador do cartão, no momento de autorizar e concretizar as transações. Prova de entrega dos produtos envolvidos nas transações impugnadas. Prejuízo material da autora demonstrado. Configurada a obrigação dos recorridos em quitar os valores pertencentes à recorrente com relação a cada respectiva operação de chargeback discutida nos autos. RECURSO PROVIDO. (TJSP; Apelação 1052815-61.2023.8.26.0224; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Relatora: Anna Paula Dias da Costa; Data do Julgamento e da Publicação: 05/06/2024).

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. Inocorrência. Contexto probatório suficiente para o deslinde da causa. MÉRITO. Cláusula contratual que prevê a possibilidade de estorno, cancelamento ou "chargeback" de compra previamente autorizada (Cláusula 21). Nulidade. Risco inerente à atividade da empresa administradora do cartão de crédito. Responsabilidad =-e incabível de imputação ao lojista ou titular do cartão eventualmente fraudado. Devolução dos valores estornados que se faz de rigor. DANO MORAL. Não ocorrência. Hipótese que retrata mero aborrecimento, incapaz de gerar dano indenizável. Ação parcialmente procedente. Apelação parcialmente provida. (TJSP; Apelação 1026801-87.2019.8.26.0577; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Relator: Jairo Brazil Fontes Oliveira; Data do Julgamento: 15/12/2020; Data de Registro: 17/12/2020).

DANOS MATERIAIS. Credenciamento a sistema de pagamento. Compras contestadas pelos titulares dos cartões de crédito e/ou débito (chargeback). Recusa da ré em repassar os valores de compras realizadas contestadas. Descabimento. Estabelecimento comercial que não pode suportar os prejuízos decorrentes de suposta fraude. Ademais, a responsabilidade pela segurança do sistema é da operadora. Danos materiais caracterizados. Precedentes. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP; Apelação 1102397-14.2023.8.26.0100; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Relator: Fernando Sastre Redondo; Data do Julgamento: 08/05/2024; Data da Publicação: 09/05/2024).

APELAÇÃO CÍVEL - Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual cumulada com indenização por danos materiais - Sentença de parcial procedência - Inconformismo da ré - Contrato de Credenciamento ao Sistema Cielo - Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Existência de relação jurídica de insumo entre as partes. Caso dos autos em que a ré efetuou o estorno do valor total de R$ 92.202,80 (noventa e dois mil duzentos e dois reais e oitenta centavos), sob a alegação de fraude na operação - Empresa autora que comprovou a autorização da transação pela administradora do cartão de crédito e a entrega das mercadorias. Hipótese em que se impõe reconhecer a abusividade da cláu-

Acesso ao Sumário

sula contratual que transfere integralmente os riscos do negócio ao estabelecimento comercial credenciado. Inteligência do artigo 927, parágrafo único do Código Civil - Estorno indevido de valores - Cenário diante do qual a ré deverá restituir as quantias indevidamente estornadas em favor da autora - Sentença mantida. Majoração da verba honorária em grau de recurso, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil - Recurso não provido. (TJSP; Apelação 1041789-55.2020.8.26.0100; Relatora: Daniela Menegatti Milano; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento e da Publicação: 03/12/2020).

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - Contrato de prestação de serviço de recebimento de valores oriundos de transações realizadas com cartão, por meio do terminal Redecard - Operação que, embora aceita pela máquina fornecida à Autora, deixou de ser paga sob a alegação de fraude ante a contestação da transação pelo titular do cartão - Descabimento - Inadmitida a transferência do risco da atividade à cliente do sistema - Responsabilidade pelo risco da atividade que, nos termos do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, é objetiva e pertence à prestadora do serviço - Precedentes deste E. Tribunal de Justiça - Sentença mantida - Recurso não provido. (TJSP; Apelação 1006004-65.2019.8.26.0068; Relator: Mario de Oliveira; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento e da Publicação: 06/05/2020).

No caso, não restaram comprovadas quaisquer irregularidades praticadas pela autora, de forma a ensejar a retenção do valor indicado na exordial.

É certo que, ao ser informada da contestação da operação pelo cliente, prestou os devidos esclarecimentos solicitados pela ré e enviou os documentos requeridos por ela que, por sua vez, limitou-se a afirmar a regularidade de sua conduta ao estornar a importância.

Assim, se a autora confiou no sistema contratado e efetuou a entrega da mercadoria, não é possível que a ré aprove a operação e posteriormente queira repassar para o estabelecimento comercial a falha no seu sistema, porquanto é risco da sua atividade efetuar as transações de maneira segura.

Desse modo, sem razão a ré, ora apelante.

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

Majora-se a verba honorária devida ao patrono da parte autora para 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Pelo exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1045792-27.2018.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante UPS DO BRASIL REMESSAS EXPRESSAS LTDA., é apelado SPRING LOGISTIC E TRANSPORTES LTDA.

ACORDAM, em 22ª 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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 83570)**

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

São Paulo, 11 de julho de 2024.

CAMPOS MELLO, Relator

Ementa: DEMANDA ORDINÁRIA DE COBRANÇA DE SALDO DEVEDOR DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. DECISÃO ALTERADA EM PARTE. 1. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA. REJEIÇÃO. 2. NÃO INCIDÊNCIA DO REGIME DA LEI 8.078/90. 3. INVOCAÇÃO DE EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. HIPÓTESE EM QUE NÃO LOGROU A EMPRESA RÉ PROVAR A EXISTÊNCIA DE INADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL POR PARTE DA AUTORA (C.P.C., ART 373, II). NÃO ACOLHIMENTO. 4. PRESCRIÇÃO DE PARTE DA DÍVIDA JÁ RECONHECIDA ANTERIORMENTE. MATÉRIA QUE ESTÁ COBERTA PELA PRECLUSÃO. CONDENAÇÃO FIXADA NA SENTENÇA DECOTADA, PARA EXCLUIR O VALOR CORRESPONDENTE AOS DÉBITOS QUE SE ENCONTRAM PRESCRITOS. 5. JUROS MORATÓRIOS. ENCARGO QUE DEVE INCIDIR A PARTIR DA CITAÇÃO. INTELIGÊNCIA DA NORMA PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 397 DO CÓDIGO CIVIL. 6. RECÁLCULO DA DÍVIDA DETERMINADO. 7. NECESSÁRIA REDISTRIBUIÇÃO DOS ENCARGOS DE SUCUMBÊNCIA. SUCUMBÊN-

Acesso ao Sumário

CIA RECÍPROCA CONFIGURADA. DEMANDA JULGADA PROCEDENTE EM PARTE, MAS EM MENOR EXTENSÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO.

VOTO

É apelação contra a sentença a fls. 2.452/2.462, objeto de dois embargos de declaração rejeitados a fls. 2.492/2.493 e 2.501.2.502, a qual julgou parcialmente procedente demanda ordinária de cobrança de saldo devedor de contrato de prestação de serviços de transporte, para condenar a empresa ré a "*... pagar as quantias de R$ 55.138,09 e R$ 235.639,74 a título de bônus, da confecção do laudo pericial, consoante a Tabela Prática de Atualização de Débito Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; com juros moratórios de doze por cento ao ano, consoante aos artigos 406 e 407 do Código Civil combinados com o artigo 161, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional, a contar da citação...*" (cf. fls. 2.461), além dos encargos de sucumbência, na forma discriminada no dispositivo da decisão.

Em seu recurso, alega a vencida que a decisão é nula, pois embasada em prova inconclusiva. Invoca a norma prevista no art. 480 do C.P.C. e aduz que se faz necessária a realização de uma nova perícia. No mais, invoca a exceção do contrato não cumprido, argumentando que o contrato objeto da demanda, além dos bônus que a ora apelada afirma fazer jus, também previa a incidência de descontos em seu favor, os quais não foram considerados no cálculo apresentado na inicial. Assevera ainda que não é caso de inversão dos ônus da prova e que a autora não se desincumbiu do ônus de comprovar os fatos constitutivos do direito invocado. Bate-se, subsidiariamente, pela exclusão dos valores cuja cobrança foi declarada prescrita na decisão saneadora, bem como dos juros moratórios incluídos na planilha de cálculo apresentada com a exordial. Afirma que tal encargo moratório deve ser computado apenas a partir da citação. Pede a anulação da decisão ou a reforma.

Apresentadas contrarrazões, subiram os autos e houve oposição ao julgamento virtual (cf. fls. 2.560).

É o relatório.

O recurso comporta provimento, mas apenas em parte, como se verá a seguir.

Em sua inicial, a autora afirmou que as partes *"...firmaram em 15/04/2010, Contrato de Prestação de Serviços de Transporte e Outras Avenças, (...) pelo prazo de 120 (cento e vinte meses), em que a Autora prestaria os serviços de remessas expressas e cargas, sendo concedido à Autora, o caráter de exclusividade para atuação no Estado do Paraná (...), ajustando-se remuneração de acordo com o tipo de serviço..."* (cf. fls. 1). Asseverou ainda que *"...a remune-*

Acesso ao Sumário

ração pelo trabalho prestado provém basicamente do volume de "exportação" (vendas) e "importação" (entregas) realizados pela Autora, ao qual aplicam-se as chamadas tarifas de compensação para cada categoria de pacote..." (cf. fls. 2), certo que referidas remunerações *"...sofrem validação por parte da Ré - que tem o poder de confirmar ou glosar os valores cobrados em Nota Fiscal emitida pela Autora, em razão de que estão atreladas a "meta de vendas - exportação" e em "índice de qualidade de serviço - importação", cujo nível de efetividade realizado é o que determina o valor final das remunerações..."* (cf. fls. 2/3). Nesse cenário, aduziu, por fim, que *"...vinha sendo corretamente remunerada com os bônus decorrentes do cumprimento de metas de vendas e níveis de efetividades propostas, TODAVIA, à partir de dezembro/2013, não obstante batimento das metas de vendas e nível de qualidade em patamares acima de 105%, o que lhe gera o direito à uma remuneração majorada em 5% (para ambos os casos), a Ré, por livre arbítrio, deixou de remunerá-la corretamente..."* (cf. fls. 3). Em tal contexto, a autora apurou o *"...saldo de remuneração que não foi devidamente compensado (...), relativo ao período de DEZ/13 à JULHO/18, sendo devido à título de "Bônus - Exportação" = R$ 130.166,74 e, à título de "SLA´s - Importação" = R$ 235.639,74, o que resulta na importância de R$ 365.806,48 (trezentos e sessenta e cinco mil, oitocentos e seis reais e quarenta e oito centavos)..."* (cf. fls. 3), valor este que é o objeto dapresente cobrança (cf. item 4 dos pedidos a fls. 6).

A empresa ré, por sua vez, em sua peça de defesa, argumentou que parte da dívida cobrada estava prescrita. No mais, afirmou que, ao contrário do que entende a autora, *"...com relação aos serviços relacionados às importações-entregas, quer com os relativos às exportações-vendas, as metas mensais contratualmente ajustadas e que definem o pagamento de bônus ou a realização de descontos sobre os valores das faturas de serviços da SPRING não são fixas, nem iguais às hipoteticamente previstas no Anexo II do CONTRATO..."* (cf. fls. 659) e que *"...os referenciais mencionados em contrato para os "Índices de Qualidade" dos serviços (Anexo II) não configuram metas concretas a serem observadas na sua execução, mas meros exemplos cuja finalidade é apenas simular a aplicação prática dos critérios de avaliação destinados à apuração dos níveis de efetividade, verificados mês a mês a partir de dados específicos correspondentes à atividade do período, não à hipótese meramente explicativa do CONTRATO..."* (cf. fls. 660), oportunidade em que concluiu que *"...sem o amparo de dados concretos, jamais poderiam servir de parâmetro para o cálculo de quaisquer valores tal como serviram para a autora chegar à indevida quantia pleiteada na presente demanda..."* (cf. fls. 660).

Pois bem; sendo esses os contornos da controvérsia, é de rigor perquirir, inicialmente, sobre eventual nulidade da sentença recorrida, certo que, ao contrário do que entende a ora apelante, ela não restou configurada na espécie,

Acesso ao Sumário

como se verá a seguir.

A propósito do tema, convém assentar que a análise dos autos permite concluir, com segurança, que não há que se falar em nulidade da sentença na espécie, visto que a alegação no sentido de que é inconclusiva a prova que fundamentou o decreto de procedência não merece acolhimento. Ao contrário, conforme bem assentado na r. sentença recorrida, se *"...a perícia é inconclusiva, a inviabilidade da completa apuração das transações operadas entre as litigantes decorreu da ausência de desincumbência de seu ônus processual pela requerida. Definitivamente, competia-lhe trazer aos autos e fornecer à experta toda a documentação necessária ao deslinde das questões controvertidas. Ora, se os documentos estão em seu poder, defeso que busque a atribuição da sua juntada pela autora..."* (cf. fundamentação a fls. 2.459).

Cabe ainda anotar que a ora apelante afirmou que, mesmo com *"...toda a dificuldade imposta à realização da prova pericial durante a pandemia de Covid-19, (...) forneceu todos os documentos solicitados pela digna perita judicial, sendo que, tão somente com relação aos relatórios gerenciais, diante de seu vasto volume, a UPS disponibilizou data e horário para visitação da expert, ou então, para acesso remoto, por meio de videoconferência..."* (cf. fls. 2.521). Todavia, tal versão dos fatos foi desmentida pela perita judicial, certo que esta afirmou, de forma categórica, que a *"...solicitação de perícia virtual, não foi aceita (...) devido à complexidade das informações, bem como, por não considerar crível, efetuar uma perícia contábil virtual por amostragem e sem acesso aos documentos/relatórios do sistema com os dados comprobatórios dos indicadores operacionais que embasaram os cálculos apresentados nas Fls. 675/681..."* (cf. fls. 2.404). Além disso, na mesma oportunidade, a aludida expert assentou que *"...foi solicitado a disponibilização de uma data para a diligência presencial e não foi apresentado a disponibilidade de data pela Ré. Adicionalmente, não* ***houve disponibilização de acesso ao sistema****..."* (cf. fls. 2.404 - grifo não original).

Por tudo isso, é de rigor concluir que estão escorreitas as conclusões lançadas na decisão ora impugnada, no sentido de que *"...à luz do artigo 473, §3º, do Código de Processo Civil, (...) se o documento é solicitado pelo experto, mas não é entregue pela parte que o detém, não lhe é lícito reputar inconclusiva a prova produzida em seu desfavor. Nessa ordem de ideias, a negativa de exibição acarreta a presunção da veracidade da alegação que o documento tinha por objeto a prova em desfavor da parte a que imposto o ônus, nos mesmos moldes da previsão do artigo 400, caput, do Código de Processo Civil..."* (cf. fundamentação a fls. 2.459/2.460) e que *"....não tendo cumprido com seu ônus processual, deixando de juntar documentos que viabilizasse a aferição pericial acerca de eventual montante devido a título de bonificação por índices de qualidade SLA, forçoso concluir pela veracidade das alegações da autora nesse*

Acesso ao Sumário

ponto, pois não afastadas em definitivo pelos documentos trazidos aos autos pela ré, os quais se mostraram insuficientes para que houvesse uma aferição pericial..." (cf. fundamentação a fls. 2.461). Nesse ponto, portanto, o recurso não comporta provimento.

Melhor sorte não socorre a recorrente na parte em que invoca a exceção do contrato não cumprido, pelas razões a seguir expostas.

Em primeiro lugar, deve ficar assinalado que o caso em exame **não** está sujeito ao regime da Lei 8.078/90. Com efeito, o que há aqui é contrato empresarial. Não houve operação de consumo, mas a contratação de prestação de serviços de transportes, no âmbito do processo produtivo da empresa ré. Assim, não há como aplicar o regime da Lei 8.078/90. Vale lembrar, que há relações de consumo e há aquelas que não são (cf., na doutrina, Fábio Ulhoa Coelho, "O Empresário e os Direitos do Consumidor", Ed. Saraiva, 1994, p. 174; Nelson Nery Junior, "Código Brasileiro de Defesa d o Consumidor", Ed. Forense Universitária, 5ª ed., 1998, p. 373 e 377; Cláudia Lima Marques, "Contratos no Código de Defesa do Consumidor", Ed. RT, 2ª ed., 1995, p. 142; Newton de Lucca, "A Aplicação do Código de Defesa do Consumidor à Atividade Bancária", in Revista TFR - 3ª Região, p. 51/52; Luiz Rodrigues Wambier, "Os Contratos Bancários e o Código de Defesa do Consumidor - Uma Nova Abordagem", in RT 742/57). Com efeito, o que há aqui é contrato empresarial e não relação de consumo.

Assentada tal premissa, verifico que, no caso em tela, não está configurada hipótese que justifique a incidência da exceção do contrato não cumprido. Relembre-se, a propósito, que a resolução por inadimplemento só se justifica se houver descumprimento substancial da avença. Mesmo que o art. 475 do Código Civil não contenha qualificação do fenômeno do inadimplemento, como fator condicionante de sua incidência, trata-se, segundo a boa doutrina, de dispositivo que deve ser interpretado à luz do princípio da boa-fé objetiva, ou seja, de dispositivo cuja incidência implica o restabelecimento do status quo ante e eventual imposição do dever de indenizar, caso provados danos decorrentes do inadimplemento. Inadimplemento de pouca importância não desencadeia tal incidência (cf., a propósito, Eduardo Luiz Bussatta, "Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial", Ed. Saraiva, 1ª ed., 2007, p. 127). E não há nisso nenhuma novidade conceitual. Basta, a propósito, relembrar que a exceção do contrato não cumprido (art. 1.092, primeira parte, do antigo Código Civil e 476 do atual) só pode ser brandida quando a falta imputada ao outro contratante seja relevante e não anódina. Afinal, é inteiramente aplicável à espécie a antiga, mas precisa lição de Carvalho Santos, segundo a qual o aludido dispositivo legal deve ser interpretado de forma *"a se verificar se a parcela da prestação que ficou sem execução é tão importante, que foi a esperança de recebê-la que levou o outro contratante a celebrar a convenção"* (in "Código Civil

Acesso ao Sumário

Comentado", Vol. XV/247).

Todavia, no caso em tela, por óbvio que não logrou êxito a empresa ré em demonstrar a existência de inadimplemento substancial, certo que era dela esse encargo probatório (C.P.C., art. 373, II). Ao contrário, na espécie, a ora apelante fundamentou sua pretensão no fato de que, no seu entender, a "*...bilateralidade da relação e, especialmente, da obrigação contratual objeto da lide, impede a SPRING de exigir o cumprimento da obrigação que sustenta que caberia à ré (pagamento de bônus, uma vez implementadas as condições contratuais) antes de ela cumprir a obrigação que lhe cabe (concessão de descontos, uma vez implementadas as condições contratuais), por força do princípio da exceção do contrato não cumprido, consagrado no art. 476 do CC...*" (cf. fls. 2.528/2.529). Olvida-se ela, no entanto, de que tal descumprimento contratual por parte da autora não restou demonstrado nos autos. Ao contrário, a perita judicial, ao responder aos quesitos 7 e 8 formulados pela empresa ré, afirmou, em ambos os casos, que a resposta estava prejudicada *"...pelos mesmos motivos indicados na resposta ao quesito nº 6, desta série..."* (cf. fls. 1.270/1.271), motivos estes que estão assim explicitados, verbis: *"Com base nos documentos das fls. 675/681, não é possível informar se houve descumprimento dos itens mencionados acima, em virtude da falta de evidência de que os dados operacionais utilizados são de responsabilidade da Autora. Desta forma, não foi possível validar o índice de efetividade e seu respectivo resultado."* (cf. fls. 1.270).

Assim, ao contrário do que entende a ora apelante, ela não logrou êxito em demonstrar o referido inadimplemento substancial por parte da autora, já que, repita-se, deixou de juntar aos autos a documentação capaz de viabilizar a aferição pericial nesse sentido, o que impõe a conclusão no sentido de que não está configurada, na espécie, hipótese que autorize a incidência da exceção do contrato não cumprido. Nesse ponto, portanto, o recurso tampouco comporta provimento.

Todavia, o presente inconformismo comporta acolhimento no tocante à alegação de prescrição. Com efeito, na decisão saneadora proferida a fls. 771/774 dos autos, restou acolhida *"...a prejudicial de mérito arguida pela Ré, para reconhecer a prescrição de parte dos valores cobrados, anteriores a 04/09/2015, com base no art. 206, §3º, III, CC..."* (cf. fls. 772). A respeito desse tema, convém anotar que, no Acórdão prolatado a fls. 2.261/2.264 dos autos, o qual anulou a primeira sentença proferida, restou assentado, verbis: *"...o reconhecimento da prescrição de parte da cobrança ocorreu na decisão saneadora a fls. 771/774. Trata-se de decisão que, conforme dispõe o art. 487, II, resolve mérito. Assim, era cabível a interposição de recurso desde logo, visto que o art. 1.015, II, do C.P.C., assenta o cabimento de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias que versem sobre o mérito da controvérsia. Todavia, a autora não interpôs recurso contra a aludida decisão, de modo que a questão*

Acesso ao Sumário

acerca da prescrição está coberta pela preclusão." (cf. fls. 2.264).

Nesse contexto, não pode prevalecer a decisão ora recorrida na parte em que validou os *"...cálculos apresentados pela autora, no importe de R$ 235.639,74 (fls. 125/129)..."* (cf. fundamentação a fls. 2.461) e condenou a ré ao pagamento de tal quantia (cf. dispositivo a fls. 2.461). Isso porque a simples análise da planilha de cálculos juntada a fls. 125/129 dos autos revela que, no aludido montante, estão inseridos débitos cuja cobrança foi declarada prescrita na mencionada decisão saneadora. Nesse ponto, portanto, o recurso comporta provimento, para decotar da condenação o valor correspondente ao débito que se encontra prescrito.

Também é caso de acolher o recurso no tocante ao termo inicial de incidência dos juros moratórios, nos termos a seguir definidos.

No caso em tela, a autora, nos demonstrativos de débitos juntados a fls. 125/129 e 130/131 dos autos, inseriu referido encargo moratório desde os supostos vencimentos das obrigações. Ocorre, porém, que, ao contrário do que ela entende, não se trata, na espécie, de inadimplemento de "*...obrigação, positiva e líquida...*", de modo que não incide a norma prevista no caput do art. 397 do Código Civil. Ao contrário, deve ser considerada, a título de termo inicial de incidência dos juros moratórios, a data da interpelação judicial. Assim, também é de rigor a reforma da sentença nesse ponto, para determinar a fixação dos juros de mora apenas a partir da **citação**, visto que se trata de ilícito contratual, hipótese em que devem incidir as normas previstas no caput do art. 240 do C.P.C. e no parágrafo único do art. 397 do Código Civil. No prosseguimento, então, deverá a ora apelada apresentar demonstrativo de evolução do débito, adequado ao que está aqui decidido. É o que se determina.

Em resumo, é caso de dar provimento em parte ao recurso, para julgar a demanda parcialmente procedente, mas em menor extensão.

De resto, alterada a sentença, é de rigor a redistribuição dos encargos de sucumbência. Configurada, agora, hipótese de sucumbência recíproca, cada parte arcará com metade das custas e despesas processuais e também com honorários advocatícios da parte contrária, que fixo, com fundamento no art. 85, § 2º, do C.P.C., em 10% do valor atualizado da condenação.

Pelo exposto e com a determinação supra, dou provimento em parte ao recurso, para as finalidades acima explicitadas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1149538-29.2023.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CLARISSE DUARTE VINHAS LIMA, é apelada SOCIETE AIR FRANCE - AIR FRAN-

Acesso ao Sumário

CE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48670)**

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

São Paulo, 12 de julho de 2024.

SALLES VIEIRA, Relator

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA - TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL - EXTRAVIO TEMPORÁRIO DE BAGAGEM - VOO DE RETORNO AO PAÍS - DANOS MORAIS - QUANTUM - MAJORAÇÃO - DESPESAS COM TRADUÇÃO JURAMENTADA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - I- Sentença de parcial procedência - Apelo da autora - II- Incontroversa a existência dos danos morais, ante a ausência de recurso por parte da ré - Indenização por danos morais que deve ser ponderada, suficiente para amenizar o abalo emocional experimentado, sem importar enriquecimento sem causa do lesado - Indenização bem fixada em R$2.000,00, ante as peculiaridades do caso, especialmente o fato de não se ter notícia de maiores consequências negativas em razão do extravio temporário da bagagem, bem como o fato de o extravio ter ocorrido no voo de retorno ao país, quantia que se mostra suficiente para reparar o dano causado à autora - III- Despesas com a tradução de documento devidamente comprovadas pela autora - Despesas, na espécie, necessárias para a discussão da lide, em razão do não pagamento espontâneo por parte da ré - Despesas com tradução de documentos efetuadas visando a efetivação do exercício do direito, razão pela qual comportam ressarcimento em virtude da sucumbência da apelada - IV- Honorários advocatícios fixados por apreciação equitativa - Não sendo inestimável ou irrisório o valor da causa, os honorários advocatícios devem ser fixados em percentual sobre o referido valor, sendo expressamente vedada a apreciação equitativa - Parâmetro da equidade que

Acesso ao Sumário

somente deve ser adotado de forma subsidiária - Inteligência do art. 85, §§2º, 6º-A e 8º, do NCPC - Valor de honorários advocatícios fixado pela sentença que se revela irrisório - Honorários advocatícios majorados para 10% sobre o valor atualizado da causa - Observância das teses fixadas pelo C. STJ no Tema 1.076 - V- Apelo parcialmente provido.

VOTO

Apelo da autora em face da r. sentença de parcial procedência, proferida nos autos da ação de reparação de danos.

Pugna, apenas, pela majoração do valor da indenização por danos morais, que entende ínfimo, pela majoração do valor dos honorários advocatícios, fixando-os nos termos do art. 85, §8º-A, do NCPC, bem como pela condenação da ré a arcar com o pagamento das despesas com tradução juramentada (fls. 171/202).

Contrarrazões da ré às fls. 210/214, pugnando pelo improvimento da apelação interposta.

É o relatório.

Trata-se de ação de reparação de danos, movida por Clarisse Duarte Vinha Lima em face de Société Air France, tendo em vista o extravio temporário da bagagem da autora, em voo de retorno ao Brasil.

Alega a autora, em sua inicial que, em 23/06/2022 embarcou em voo da empresa ré, partindo de Paris com destino a São Paulo (fls. 33).

Ocorre que, ao chegar ao seu destino, a autora verificou que sua bagagem fora extraviada (fls. 34).

A mala extraviada apenas foi entregue à autora passados alguns dias do ocorrido.

Sentindo-se lesada, ingressou a autora com a presente ação, pugnando pela condenação da ré ao pagamento de indenização pelos danos morais suportados, bem como das despesas com tradução juramentada, no importe de R$96,00. Deu-se à causa o valor de R$13.200,00 (fls. 25).

Em primeira instância, a ação foi julgada parcialmente procedente, para condenar a ré a pagar à autora, a título de indenização por danos morais, a quantia de R$2.000,00. Em razão da sucumbência, a ré foi condenada a arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios, fixados em R$1.000,00.

Contra esta decisão insurge-se a autora.

A priori, esclareça-se que, ante a ausência de recurso por parte da transportadora ré, incontroversa a existência dos danos morais, como reconhecido em sentença.

Assim, no presente caso, o inconformismo da apelante restringe-se ao

Acesso ao Sumário

quantum fixado a título de indenização por danos morais.

Uma vez configurado o dano moral, a estipulação da indenização deve ser ponderada, suficiente para amenizar o abalo emocional experimentado, sem importar enriquecimento sem causa do lesado.

"A indenização por dano moral deve atender a uma relação de proporcionalidade, não podendo ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de desbordar da razão compensatória para a qual foi predisposta" (cf. REsp. 318.379-0-MG, rel. Min. Nancy Andrighi, Boletim do STJ, 18/41, 2ª quinzena de novembro de 2001).

Assim, face às circunstâncias do caso concreto, especialmente o fato de não se ter notícia de maiores consequências negativas em razão do extravio temporário da bagagem, bem como o fato de o extravio ter ocorrido no voo de retorno ao país, a quantia de R$2.000,00, fixada pela r. sentença, proferida em 14/12/2023, revela-se, ao ver da Turma Julgadora, suficiente para reparar o dano causado à autora.

No mais, as despesas com a tradução de documento, devidamente comprovadas às fls. 38, na espécie, são necessárias para a discussão da lide, em razão do não pagamento espontâneo por parte da ré.

Tais despesas, portanto, foram efetuadas visando a efetivação do exercício do direito, razão pela qual comportam ressarcimento em virtude da sucumbência da apelada.

Por analogia, veja-se a jurisprudência:

"**TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS** - CANCELAMENTO DE VOO - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - APELAÇÃO DA AUTORA - Cancelamento de voo que resultou na chegada ao destino com quase sete horas de atraso após o horário inicialmente previsto, com inclusão de escala não contratada - Responsabilidade objetiva da ré evidenciada, ante a falha na prestação dos serviços - Dano moral configurado - (...) Sentença reformada. - **Despesas com tradução juramentada - Pretensão de condenação da ré ao pagamento dos custos relativos à tradução juramentada do bilhete aéreo emitido em língua estrangeira pela ré - Acolhimento - Em virtude do princípio da sucumbência, a apelada está obrigada a reembolsar a apelante do que despendeu com as despesas do processo - No valor devido incluem-se as despesas com a tradução dos documentos necessários a propositura à ação - Gastos devidamente comprovados - Dever de indenizar.** Recurso provido." (TJSP; 11ª Câmara de Direito Privado; Apelação Cível nº 1066249-41.2022.8.26.0002; Rel. Marino Neto; julgado em 28/04/2023).

"**Ação de cobrança - Contrato de transporte marítimo** - Sobreestadia de conteiner - Cobrança - Previsão contratual - Comprovação da devolução extemporânea do conteiner e do descumprimento da obrigação de pagamento da

Acesso ao Sumário

sobreestadia - Aceitação pela ré da mercadoria transportada - Pagamento da sobreestadia devido - **Despesas com tradução devem ser ressarcidas** - Reforma da sentença - Ação procedente - Apelação provida." (TJSP; 14ª Câmara de Direito Privado; Apelação nº 0027187-68.2008.8.26.0562; Rel. Maurício Pessoa; julgado em 23/09/2015).

"**TRANSPORTE MARÍTIMO. Ação de Cobrança.** Sobreestadia (demurrage) de contêiner. Prescrição ânua. Inadmissibilidade. Aplicação do prazo prescricional de 5 anos (art. 206, § 5º, I, do Código Civil). Precedentes do STJ. Descumprimento do prazo fixado para a devolução. Ausência de comprovação quanto à dilação do prazo livre (free time). Abusividade do valor cobrado. Não reconhecimento. Valor livremente pactuado. Exigência que não possui natureza jurídica de cláusula penal, e sim de indenização por descumprimento contratual. **Despesas com tradução juramentada. Ressarcimento devido.** Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO." (TJSP; 38ª Câmara de Direito Privado; Apelação nº 1012185-94.2015.8.26.0562; Rel. Fernando Sastre Redondo; julgado em 27/01/2016).

"**COBRANÇA** - Devolução de contêiner ('demurrage') - Prescrição - Incidência da lei civil à hipótese - Obrigação que não está atrelada ao contrato de transporte marítimo - Exegese de julgamento do STJ - Aspecto acerca da sobreestadia representar cláusula penal antes examinado - **Obrigação de ressarcir despesas com tradução de documentos noutro idioma** - Verba honorária mantida - Recurso desprovido, na parte conhecida." (TJSP; 15ª Câmara de Direito Privado; Apelação 9000127- 93.2010.8.26.0562; Rel. Vicentini Barroso; julgado em 23/10/2015).

"**TRANSPORTE DE COISAS. COBRANÇA.** SOBREESTADIA DE CONTÊINER. (...) PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ART. 206, §5º, I, DO CPC. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 9.611/98. LEGITIMIDADE DA RÉ CONSIGNATÁRIA PARA A AÇÃO CONFIGURADA ANTE A COMPROVAÇÃO DE SUA RESPONSABILIDADE PELA RETIRADA E DEVOLUÇÃO DOS CONTÊINERES. (...) DOCUMENTOS APRESENTADOS SUFICIENTES À COMPROVAÇÃO DO DIREITO DEDUZIDO PELA AUTORA. CRÉDITO, ADEMAIS, QUE NÃO DEPENDE DE PREVISÃO CONTRATUAL, CUJA LEGITIMIDADE DECORRE DOS USOS E COSTUMES. EXCESSO DE VALOR NÃO DEMONSTRADO. OBRIGAÇÃO CONSTITUÍDA EM MOEDA ESTRANGEIRA. CONVERSÃO EM MOEDA NACIONAL NA DATA DO EFETIVO PAGAMENTO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUCUMBÊNCIA MAIORMENTE SUPORTADA PELA RÉ. **IMPOSIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS, DENTRE OS QUAIS AS COMPROVADAS DESPESAS COM TRADUÇÃO JURAMENTADA.** RECURSO PROVIDO EM PARTE." (TJSP; 13ª Câmara de Direito Privado; Apelação nº 0000796-31.2013.8.26.0100; Rel. Alfredo Attié;

Acesso ao Sumário

julgado em 09/08/2016).

Por fim, o pedido de majoração do valor dos honorários advocatícios, fixados em R$1.000,00, comporta parcial acolhida.

Sobre os critérios de fixação dos honorários advocatícios, assim prevê o art. 85 do NCPC:

"*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:***

I- o grau de zelo do profissional;

II- o lugar de prestação do serviço;

III- a natureza e a importância da causa;

IV- o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

(...).

§6º-A. ***Quando o valor da condenação ou do proveito econômico obtido ou o valor atualizado da causa for líquido ou liquidável, para fins de fixação dos honorários advocatícios, nos termos dos §§ 2º e 3º, é proibida a apreciação equitativa, salvo nas hipóteses expressamente previstas no §8º deste artigo.***

(...).

§8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do §2º.".

Do cotejo dos dispositivos legais em comento, conclui-se que, não sendo inestimável ou irrisório o valor da causa, do proveito econômico obtido ou da condenação, e sendo este valor líquido ou liquidável, deve incidir a norma contida no supracitado §2º, do art. 85, do NCPC, fixando-se os honorários advocatícios em percentual sobre o referido valor, sendo expressamente vedada a apreciação equitativa.

Isto porque, a fixação dos honorários advocatícios observando o parâmetro da equidade, previsto no art. 85, §8º, do NCPC, somente deve ocorrer de forma subsidiária, desde que configurada uma das hipóteses excepcionalmente ali elencadas.

Assim, o valor de R$1.000,00 fixado a título de honorários advocatícios pela r. sentença revela-se irrisório, diante das peculiaridades do caso, sobretudo do valor dado à causa, que é de R$13.200,00 (fls. 25).

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, fixou as seguintes teses sobre a questão nos REsps nºs 1.906.618/SP, 1.850.512/SP, 1.877.883/SP e 1.906.623/

SP (Tema 1.076), relatados pelo eminente Ministro Og Fernandes e julgados em 16/03/2022, recursos estes que seguiram o rito dos recursos repetitivos previsto no art. 1.036 do NCPC:

"1) **A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do artigo 85 do CPC - a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa. 2) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo.**".

Assim, tendo em vista que o valor da condenação é muito baixo e considerando, ainda, que o valor da causa não é muito baixo, os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, de acordo com o disposto no art. 85, §2º, do NCPC, sendo este valor justo a remunerar os causídicos de forma digna e justa, tendo em vista a baixa complexidade da causa e o trabalho desenvolvido nos autos.

De rigor, portanto, a reforma parcial da r. sentença, apenas para condenar a ré a pagar à autora, também, o montante de R$96,00, relativo às despesas com tradução juramentada de documento, bem como para majorar o valor dos honorários advocatícios.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1079662-84.2023.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante B FINTECH SERVICOS DE TECNOLOGIA LTDA., é apelado ADRIANA JUSTUS FISCHER.

ACORDAM, em 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 33399)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ EURICO (Presidente sem voto), CARMEN LUCIA DA SILVA e SÁ DUARTE.

São Paulo, 15 de julho de 2024.

ANA LUCIA ROMANHOLE MARTUCCI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Ação de restituição de valores cumulada com pedido de indenização por dano moral e material. Sentença que julgou procedentes os pedidos. Preliminares. Legitimidade passiva da B. Fintech reconhecida. Grupo econômico composto pela B. Fintech e pela Binance. Cadeia de consumo. Mérito. Responsabilidade objetiva. Conta da autora foi acessada por terceiros após o furto de seu aparelho celular. Falha de segurança da instituição. Cabia ao fornecedor do serviço garantir a segurança do aplicativo de acesso à conta. Risco do negócio de custodiante de ativos que não pode ser transferido ao consumidor. Restituição de valores devida. Precedentes deste E. Tribunal. Dano moral configurado. Perda de todos os investimentos. Situação que extrapola o mero aborrecimento da vida cotidiana e enseja verdadeiro dano de natureza extrapatrimonial. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a respeitável sentença (fls. 455/463), cujo relatório se adota, que, nos autos de ação de reparação de danos, julgou procedente a demanda, condenando a instituição financeira ré a ressarcir à autora a quantia de R$ 92.870,97 (noventa e dois mil oitocentos e setenta reais e noventa e sete centavos), com correção monetária pela Tabela Prática do E. TJSP desde a data do evento danoso e juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, e a pagar à autora a quantia, a título de indenização por danos morais, de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), com correção monetária pela Tabela Prática do E. TJSP desde o arbitramento e acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação. Custas e despesas processuais a cargo do réu, além dos honorários advocatícios a favor do patrono da autora, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Inconformado, apela o réu. Defende, em síntese, a necessidade de total reforma da sentença. Argumenta que não houve falha não prestação de serviços. Afirma que a autora entrou em contato com a instituição financeira, para informar o furto de seu aparelho celular, somente três dias após a ocorrência. Alega que as transações efetuadas no período foram regulares. Sustenta se tratar de fortuito externo com culpa exclusiva de terceiro. Tece esclarecimentos acerca do mercado das criptomoedas. Defende a ilegitimidade passiva da B. Fintech. Afirma que não possui relação com a atividade desenvolvida pela Exchange Binance, já que exerce atividade diversa da corretora. Caracteriza sua atividade

Acesso ao Sumário

como sendo de "intermediação e agenciamento de serviços e negócios em geral", consistente na conversão de moedas fiduciárias, como o real, o dólar e o euro para criptomoedas, como o bitcoin (BTC) e o ether (ETH). Conclui, pois, que a recorrente é empresa independente. Aduz que não gerencia e não tem influência nas contas da Binance, que são pessoas jurídicas distintas e autônomas. Ressalta precedente favorável a sua tese em caso análogo. Sustenta que, consoante o artigo 49-A do Código Civil, a pessoa jurídica não se confunde com seu sócio. Nega ter havido falha na prestação de serviços pela B. Fintech e pela Binance. Argumenta que houve fato de terceiro apto a romper com o nexo causal e que as transferências foram realizadas através de senha pessoal e intransferível, bem como com a autenticação de duplo fator. Sustenta que cabia à apelada apagar os dados de seu celular após se dar conta do furto, providência que poderia ter tomado junto à *Apple*. Busca afastar a atribuição do ato ilícito à recorrente, bem como o nexo causal, mormente porque o telefone foi subtraído quando estava desbloqueado, com fácil acesso aos dados da autora pelos criminosos. Aduz que a autora deveria ter praticado condutas para minimizar seus danos, mas não o fez, e que os saques da conta se deram após 1 hora de inércia da apelada. Diz que a plataforma da Binance disponibiliza ao cliente a opção de desativação de conta, que suspende *logins* e saques pendentes. Alega que a apelada deveria ter utilizado outros mecanismos de segurança disponibilizados pela corretora, como os *tokens*, o que poderia ter evitado o ocorrido. Colaciona precedente. Argumenta que nenhuma conduta da apelante pode ser considerada como causa adequada para o dano experimentado pela autora, consoante a teoria da causalidade adequada. Nega a ocorrência de dano moral. Requer, ao final, a reforma da sentença, para que seja julgada improcedente a ação. Subsidiariamente, requer o conhecimento da culpa concorrente da autora (fls. 480/530).

Houve resposta (fls. 540/610).

É o relatório.

O recurso não deve ser provido.

De início, cumpre destacar a evidente relação de consumo configurada entre as partes, nos termos do artigo 3º, §2º, do Código de Defesa do Consumidor. Incidem no caso, portanto, as normas de proteção da legislação consumerista, inclusive a inversão do ônus da prova, nos termos de seu artigo 6º, VIII da legislação especializada.

Consta dos autos que a autora, ao ter seu telefone celular furtado, constatou que o autor do crime logrou êxito em acessar sua conta junto à corretora de criptomoedas, ocasião em que todos os seus investimentos foram transferidos para o fraudador.

Preliminarmente, rejeita-se a alegação de ilegitimidade passiva, sendo evidente a configuração de grupo econômico entre a B. Fintech Serviços de Tecnologia Ltda. e a Binance, o que enseja a responsabilidade de toda a cadeia de

Acesso ao Sumário

fornecimento do serviço. Nesse sentido, há ampla jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça, abaixo colacionada, no capítulo que analisa o mérito do recurso.

No mérito, em que pese a argumentação da corretora apelante, constata-se que houve falha na segurança de seus dispositivos, considerando que terceiros estranhos à relação contratual conseguiram acessar a conta da autora e fazer movimentações em seus ativos, mesmo sem sua senha pessoal.

A responsabilidade da ré é objetiva, consoante o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, não havendo nenhuma hipótese de ruptura do nexo causal. Também não ficou comprovada a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros, já que compete à corretora, mantenedora dos aplicativos de acesso às contas, a garantia da segurança dos dispositivos.

Aplica-se ao caso, assim, o entendimento sumulado pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

> ***Súmula 479/STJ:*** *as instituições financeiras respondem* ***objetivamente*** *pelos danos gerados por* ***fortuito interno*** *relativo a* ***fraudes e delitos*** *praticados por terceiros no âmbito de* ***operações*** *bancárias.*

Embora a apelante não seja instituição financeira propriamente dita, e sim uma corretora de investimentos em criptomoedas, o raciocínio jurídico pelo qual se chegou ao entendimento sumulado pelo C. Superior Tribunal de Justiça é aplicável ao caso ora em análise.

Isto porque a ré é custodiante de ativos e obtém lucro com essa atividade. Trata-se, pois, de **risco de seu empreendimento**, o que se caracteriza como fortuito interno, não podendo esse risco ser transferido ao consumidor, sob pena de se gerar grande desequilíbrio na relação entre as partes.

Em casos análogos, envolvendo a mesma empresa, já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

> *AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C.C INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. Sentença de procedência. Apelo das rés - PRELIMINARES - Legitimidade passiva das instituições financeiras configurada -* ***Empresas Binance Capital Management, CO, Ltda. e B Fintech Serviços de Tecnologia Ltda. mesmo grupo econômico e participantes da mesma cadeia de fornecimento*** *- Inexistência de litisconsórcio passivo necessário entre a instituição financeira e os terceiros beneficiados pela operação fraudulenta - Ausentes quaisquer das hipóteses previstas no art. 114 do Código de Processo Civil - Denunciação à lide dos terceiros beneficiários pelas operações fraudulentas - Vedada nas ações consumeristas, nos termos do artigo 88 da Lei 8078/90 - Cerceamento de defesa - Descabimento - Provas documentais suficientes à convicção do MM. Juiz a quo, destinatário das provas -MÉRITO - Tese de fortuito externo por fato de terceiro que utilizou do celular desbloqueado da vítima para realizar transações com*

Acesso ao Sumário

*sua senha pessoal e chave de acesso - Descabimento - Responsabilidade objetiva das instituições financeiras (art. 14 do CDC) - Ausentes causas de excludentes - **Meio eletrônico oferecido aos consumidores cuja constante fiscalização de regularidade é conferida à instituição financeira - Falhas no sistema de segurança das mesmas evidenciadas nos autos** - Não observância da quantidade de transações suspeitas havidas em curto espaço de tempo e fora do perfil dos clientes - Declaração de inexigibilidade do contrato de empréstimo e restituição dos valores das operações mantida - DANOS MATERIAIS - pretensão do Banco Bradesco S/A de considerar parte do empréstimo fraudulento que foi utilizada para pagamento de dívida de cheque especial em aberto na conta do autor, existente antes do roubo - Descabimento - Declaração de inexigibilidade do débito mantida, devendo haver retorno ao status quo - Termo inicial dos juros de mora e correção monetária - pretensão de sua incidência no caso dos danos materiais a partir do arbitramento - Descabimento - Tratando-se de responsabilidade extracontratual, em razão da reconhecida fraude, a incidência de ambos deve se dar desde cada desembolso - Não obstante, tendo a sentença fixado somente a incidência da correção monetária desde o desembolso, sendo a dos juros desde a citação, assim deve ser mantido, não cabendo a reformatio in pejus - DANOS MORAIS - Indenização devida - Patente o dano moral apenas do autor pessoa física, assim distinguido na r. sentença - Observância de erro material na r. sentença ao dispor expressamente na fundamentação que condena os réus pelos danos morais sofridos pelo autor e no dispositivo apenas condenar o Banco Bradesco S/A - Todos os réus apelantes se insurgiram contra a condenação aos danos morais - Condenação mantida a título de danos morais, aplicada a todos os réus, solidariamente - Dissabor, transtorno e incômodo experimentado pelo autor, pessoa física, que ultrapassa o limite do mero aborrecimento não indenizável Valor razoável fixado em R$ 5.000,00 - Descabimento de sua redução pretendida pelos corréus apelantes - SENTENÇA MANTIDA, com majoração dos honorários de sucumbência (Tema 1059 do STJ) para 15% do valor da condenação. PRELIMINARES REJEITADAS, RECURSOS DAS RÉS NÃO PROVIDO (TJSP; Apelação Cível 1011061-25.2023.8.26.0068; Relator (a): Marcelo Ielo Amaro; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barueri - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/04/2024; Data de Registro: 19/04/2024).*

APELAÇÃO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - LEGITIMIDADE PASSIVA DA B. FINTECH - FURTO DE CELULAR - ACESSO À CONTA DIGITAL MANTIDA NA BINANCE - UTILIZAÇÃO PELO AUTOR DA REFERIDA PLATAFORMA DIGITAL PARA A AQUISIÇÃO

Acesso ao Sumário

*E VENDA DE ATIVOS DIGITAIS - TERCEIRO QUE AO FURTAR O CELULAR ACESSOU A CONTA E TRANSFERIU VALORES - REPONSABILIDADE OBJETIVA - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - RECURSO DAS RÉS IMPROVIDO I - Autor que utilizava a plataforma digital mantida pela Binance para a aquisição e venda de ativos digitais ("criptomoedas"), tendo sofrido saque indevido de 0.01312 BTC e 0.89498076 ETH, mantidos sob custódia da empresa B. Fintech; II - Em que pese o argumento esposado pelas demandadas, em seu recurso, houve falha na prestação do serviços ao permitir a retirada de valores pertencentes ao autor, por terceiro; III - **A ação do meliante não ilide a responsabilidade das demandadas pelo dano causado ao autor, diante da nítida relação de consumo entre eles e a consequente responsabilidade objetiva das rés, que não provaram a adoção de mecanismos de segurança impeditivos da ação de fraudadores**, independentemente do fato de a subtração do valor investido ter se dado por acesso indevido da conta do autor por terceiro, em razão de **furto de celular** supostamente desbloqueado; IV - Importante reforçar que a **ocorrência de fraude em contas virtuais caracteriza-se como fortuito interno**, cabendo às demandadas a demonstração das medidas de segurança por ela adotadas, par impedir fraudes, do que não se desincumbiu, ante o fato incontroverso, o saque (transferência) indevida e do risco da atividade desempenhada. RECURSO NÃO PROVIDO (TJSP; Apelação Cível 1035989-41.2023.8.26.0100; Relator (a): Maria Lúcia Pizzotti; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 43ª Vara CÍvel; Data do Julgamento: 27/03/2024; Data de Registro: 27/03/2024).*

Preliminar. Legitimidade passiva ad causam. Caracterização de grupo econômico a impor a responsabilidade solidária entre a apelante B Fintech e a empresa Binance. Unicidade de quadro societário, somada à correlação de atividades, de agenciamento, custódia e conversão de criptomoedas. Nítida comunhão de escopo. Precedentes deste Tribunal, envolvendo as mesmas empresas. Preliminar rejeitada. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Avaliação acerca da necessidade de maior elasticidade probatória que constitui faculdade do órgão julgador. Princípio do livre convencimento motivado (artigos 370 e 371 do CPC). Pretendida nulidade do julgado que requer a identificação em concretude de prejuízo processual. Aplicação do adágio pas de nullité sans grief. Prejuízo não demonstrado. Preliminar rejeitada. CDC. Aplicabilidade. Relação de consumo. Contrato entabulado entre empresa corretora de ativos digitais e investidor particular, não especulador. Hipossuficiência e vulnerabilidade reconhecidas. Prestação de serviços, ademais, que se

Acesso ao Sumário

equipara àqueles fornecidos por instituições financeiras. Incidência da Súmula nº 479 do STJ. Indenização. ***Autor vítima de fraude. Invasão de sua conta junto à corretora por terceiros, que realizaram o saque total das quantias depositadas. Culpa exclusiva do autor ou de terceiro não demonstrada. Falha operacional ou de segurança caracterizada****. Fortuito interno (Súmula 479 do STJ). Falha na prestação de serviço evidenciada. Movimentação anômala, por meio de IP desconhecido, durante a madrugada. Anormalidade do acesso evidente. Empresa cujas atividades, desenvolvidas exclusivamente por meio tecnológico e envolvendo altas somas de dinheiro, que exigem a adoção de sistemas eficientes de segurança. Omissão no dever de assegurar a incolumidade dos valores depositados em sua confiança. Dever de indenizar evidenciado. Danos materiais. Necessidade de demonstração dos prejuízos. Estimativa do autor que não veio apoiada em quaisquer elementos concretos. Empresa apelante, por sua vez, que apresenta cotação do ativo furtado para o dia do evento, retirada de site especializado. Adoção do critério de conversão apresentado pela corretora. Autor que não se desincumbiu de seu ônus probatório. Redução da indenização de rigor. Reforma da sentença neste ponto. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido (TJSP; Apelação Cível 1141909-38.2022.8.26.0100; Relator (a): Rômolo Russo; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 38ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/02/2024; Data de Registro: 28/02/2024).*

Quanto ao dano moral, a situação vivenciada pela autora, ao ver seus investimentos serem apropriados por terceiros fraudadores, ultrapassa o mero dissabor da vida cotidiana, causando verdadeiro dano de natureza extrapatrimonial, apto a fazer nascer o dever de indenizar. Dessa forma, não compara reparo o dano moral reconhecido pelo Juízo *a quo*.

Apenas para delimitar o objeto do recurso, esclarece-se que o *quantum* indenizatório não se encontra entre as matérias devolvidas para análise deste E. Tribunal de Justiça, motivo pelo qual não será feita nenhuma consideração a esse respeito.

A sentença apelada, assim, conferiu correto desfecho para a crise de direito material levada à apreciação do Estado-juiz, não comportando nenhum reparo, devendo ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por fim, ante o não provimento do recurso, nos termos do artigo 85, § 11º, do Código de Processo Civil, majora-se a verba honorária para 12% sobre o valor da condenação, consoante entendimento fixado pelo C. Superior Tribunal de Justiça no **Tema 1.059**.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002973-08.2023.8.26.0291, da Comarca de Jaboticabal, em que é apelante UNIMED DE JABOTICABAL COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, são apelados ANDRE JOSE LUDUVERIO PIZAURO (REPRESENTANDO MENOR(ES)), PRISCILA DE CÁSSIA GRICIO PIZAURO (REPRESENTANDO MENOR(ES)), I.G.P. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e N.G.P. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

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. Vitor Alcantara, OAB/SP 474.110.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39995)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON LUIZ DE QUEIROZ (Presidente), CÉSAR PEIXOTO e LUIS FERNANDO CIRILLO.

São Paulo, 16 de julho de 2024.

EDSON LUIZ DE QUEIROZ, Relator

Ementa: Apelação cível. Plano de saúde. Cobertura para órtese craniana e osteopatia. Sentença de procedência. Recurso interposto pela ré.

Contrato que deve ser interpretado em favor do consumidor. Se a doença tem cobertura contratual, os tratamentos disponíveis pelo avanço da medicina também terão.

Cobertura para órtese não ligada a ato cirúrgico. Interpretação do art. 10, VII e §4º, Lei 9656/98. Exclusão de cobertura não prevalece nos casos em que a órtese substitui o próprio ato cirúrgico. Desequilíbrio financeiro não demonstrado.

Rol da ANS. Lista de procedimentos médicos e medicamentos autorizados é editada com certo atraso e esse fato não pode prejudicar o consumidor. Restringir o atendimento ao rol da ANS seria negar ao paciente tratamento mais avançado, pois os trâmites burocráticos da Agência não acompanham o avanço científico. Limitação não prevalece, ante o disposto no art. 10, §13, I da lei 9656/98. Uso de órtese craniana tem comprovação científica quanto à eficácia.

Acesso ao Sumário

Não cobertura para osteopatia. Ausência de comprovação de sua eficácia. Tratamento não realizado por profissional da área da saúde. O custeio desse tratamento não pode ser atribuído ao plano de saúde.
Sucumbência recíproca.
Apelação parcialmente provida.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação indenizatória por danos materiais, movida por menores em face de operadora de plano de saúde, sob alegação de negativa ilícita de cobertura para osteopatia e órteses cranianas.

Em Primeiro Grau, a demanda foi julgada procedente, para condenar a ré ao pagamento de R$33.140,00. Sucumbente, coube à ré arcar com as custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

Apela a ré, alegando ausência de cobertura, tendo em vista que os tratamentos não estão elencados no rol da ANS.

Em relação à osteopatia, a ré alega que o Conselho Regional de Medicina do Paraná emitiu parecer, no sentido de que a técnica não é reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina, portanto não pode ser indicada por profissionais da área médica.

Ademais, diz que os autores não trouxeram qualquer estudo científico reconhecido por entidades da área de saúde, como CONITEC ou outras entidades internacionais, que demonstrassem a eficácia da osteopatia.

Cita nota técnica da ANS, em que a osteopatia não pôde ser incluída no rol, por ausência de comprovação de eficácia e segurança. Assim sendo, o custeio do tratamento não tem amparo no inciso I, do §13, do art. 10, da Lei 9656/98.

Quanto às órteses cranianas, alega que a lei 9656/98 exclui cobertura obrigatória para órteses não ligadas a ato cirúrgico, em seu art. 10, VII. A mesma exclusão está prevista em contrato. Assim sendo, entende que a negativa é lícita. Cita parecer da ANS.

Acrescenta que as cláusulas do contrato são válidas e a parte contrária não se pode negar a cumpri-las, alegando desconhecimento, notadamente porque seu genitor é advogado.

Argumenta que o Código de Defesa do Consumidor permite a limitação de direitos, em seu art. 54, §4º, bem como as cláusulas contratuais são de fácil compreensão.

Argumenta que os apelados pagam mensalidades proporcionais à cobertura limitada do rol da ANS. A ampliação das coberturas de forma unilateral e

Acesso ao Sumário

ilimitada acarreta desequilíbrio financeiro em desfavor da apelante, bem como a todo o grupo segurado.

Pede a improcedência da demanda.

O recurso foi regularmente processado, com oferecimento de contrarrazões.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do recurso.

É o relatório do essencial.

Os autores apresentam diagnóstico de plagiocefalia e tiveram indicação médica para uso de órtese craniana, bem como sessões de osteopatia.

O contrato de prestação de serviços médico-hospitalares submete-se ao Código de Defesa do Consumidor, conforme se depreende da Súmula 608 do C. STJ:

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.

No caso, impõe-se aplicar às cláusulas de exclusão e limitativas a interpretação que mais favoreça ao consumidor (Lei 8.078, de 11.9.90, art. 47).

Ainda, evidenciada a hipossuficiência do consumidor, tutelada por normas de ordem pública e interesse social, imperam os dispositivos contidos nos artigos 46, 51, inciso IV, 54, todos do Código de Defesa do Consumidor.

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que: *O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura.* (REsp 668.216/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 15/03/2007).

Assim, em princípio, se a doença tem cobertura contratual, os tratamentos também terão e devem acompanhar a evolução das técnicas da medicina, especialmente no caso dos autos, em que o uso da órtese substitui cirurgia neurológica custosa e de alto risco.

Essa mesma linha de pensamento deve nortear a interpretação do art. 10, VII, da Lei 9656/98, o que nos leva a concluir que, em casos em que a órtese é utilizada em substituição à cirurgia, a exclusão de cobertura não prevalece.

Afinal, se o paciente poderia impor à operadora o custeio de cirurgia complexa e custosa, para tratamento da mesma doença, não há motivo para que a operadora recuse tratamento menos invasivo, com tecnologia que garante menos sofrimento ao paciente.

Nem mesmo o desequilíbrio financeiro justificaria a recusa, pois, no presente caso, a ré não demonstrou que o tratamento cirúrgico seria menos custoso.

Quanto ao rol da ANS, não se olvida o disposto no art. 10, §4º, da Lei 9656/98.Entretanto, a lista de procedimentos médicos e medicamentos autorizados é editada com certo atraso e esse fato não pode prejudicar o consumidor. Restringir o atendimento ao rol da ANS seria negar ao paciente tratamento mais

Acesso ao Sumário

avançado, pois os trâmites burocráticos da Agência não acompanham o avanço científico.

Os planos de saúde tem o dever de atualizar sua rede de profissionais para contemplar os avanços da medicina, sob pena de frustrar a principal finalidade do contrato: prestação de serviço de saúde adequado, com o emprego de método mais eficiente para cura do paciente.

Efetivamente, as limitações contratuais podem até abranger rede de atendimento hospitalar e tipo de acomodação, mas em nenhuma circunstância o tratamento para doença com cobertura contratual.

A expectativa do beneficiário ao contratar é que há cobertura para as doenças, com os tratamentos correspondentes aceitos pela comunidade médica. Não se admite que a prestação do serviço seja de tal modo limitada, que torne praticamente inexistente o objeto da contratação.

Ademais, o uso de órtese craniana para tratamento de plagiocefalia tem reconhecimento científico quanto à eficácia e segurança, conforme pareceres favoráveis do Nat-jus, juntados às fls. 594/607.

Assim sendo, embora não previsto no rol, o tratamento tem cobertura obrigatória, com fundamento no art. 10, 13, I, da lei 9656/98.

No que tange à cobertura para osteopatia, o recurso da ré comporta provimento.

O contrato entabulado entre as partes dá cobertura para serviços médicos, ou seja, aqueles que exigem capacitação técnica de profissionais de saúde para sua realização. Nesse sentido é a Lei 9656/98, que conceitua plano de saúde como:

> *"...prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor" (art. 1º, I).*

No caso, é fato incontroverso que a osteopatia não é reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina como tratamento da área de saúde.

Ante essa posição do Conselho Federal de Medicina, a prescrição médica não é suficiente para obrigar a ré ao custeio dessa prática, notadamente quando sequer é acompanhada de citação de estudos científicos quanto a eficácia e segurança.

Em suma, de acordo com as provas produzidas, a osteopatia não é prática reconhecida pela medicina, portanto não faz parte do objeto contratado. A negativa da ré deve ser mantida.

Acesso ao Sumário

Tendo em vista o resultado do julgamento, as partes são reciprocamente sucumbentes, razão pela qual deverão arcar com metade das custas e despesas processuais.

Os honorários advocatícios são fixados em 10% do valor da condenação atualizado, tanto para o patrono dos autores, como para o patrono da ré.

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 ao recurso, para reconhecer inexistência de cobertura contratual para osteopatia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1011379-15.2022.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que são apelantes HOTELARIA ACCOR BRASIL S/A e ODEBRECHT REALIZAÇÕES SP 16 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S.A., é apelado RENATO BALOGH KISS.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32382)**

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

São Paulo, 16 de julho de 2024.

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. IMÓVEL EM EMPREENDIMENTO HOTELEIRO. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO. PEDIDO REDIBI-

TÓRIO. DECADÊNCIA. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA DE DIFERENÇA DE AVALIAÇÃO DO IMÓVEL. Sentença de procedência, declarando a resolução dos contratos entre as partes e condenando solidariamente as rés na devolução de valores ao autor, ou seja, parcelas pagas pelo contrato, além de despesas com contrato de locação "pool hoteleiro", despesas cartorárias e ITB. Irresignação das rés.

1. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Empresa gestora da atividade hoteleira. Ausência de responsabilidade pela construção do empreendimento. Administradora do hotel que não faz parte da cadeia de consumo para construção (art. 7º, CDC). Precedentes. Processo extinto sem exame do mérito (art. 485, VI, CPC).

2. DECADÊNCIA. Pedido redibitório. Vícios redibitórios constatados desde o ano de 2019. Ajuizamento de demanda anterior pelo condomínio, após dificuldades de solução extrajudicial com a construtora, que não impede a contagem da decadência (art. 26, §2º, I, CDC). Prazo decadencial anual do artigo 445 do Código Civil. Ajuizamento do pedido redibitório pelo autor mais de 3 anos depois da comunicação inicial da identificação dos defeitos da estrutura de ar-condicionado do imóvel. Inviabilidade do julgamento do pedido redibitório.

3. INDENIZAÇÃO DE DANOS. Diferenças de avaliação do imóvel. vícios construtivos. Pretensão de natureza indenizatória, não submetida ao prazo decadencial do pedido redibitório. Prazo decenal (art. 205, CC). Indenização que decorreria dos vícios de construção, que reduziriam o valor de mercado do imóvel. Vícios de construção objetos de projetos de reparos, pelo condomínio, inclusive da unidade do apelado. Indenização devida pela construtora já reconhecida em outra demanda, em face das despesas do condomínio. Reparos dos vícios que afastam a existência de desvalorização do imóvel. Pedido indenizatório limitado à avaliação da desvalorização (arts .141 e 492, CC).

4. REFORMA DA SENTENÇA. Provimento: (i.) para extinguir o processo sem exame do mérito em relação à corré Accor, por ilegitimidade passiva (art. 485, VI,

Acesso ao Sumário

CPC); (ii.) para reconhecer a decadência da pretensão redibitória; e (iii.) julgar improcedente a pretensão indenizatória por diferença de valor de avaliação do imóvel, em face da corré Odebrecht. RECURSOS PROVIDOS.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra sentença de ps. 2.311/2.320, que julgou procedentes pedidos de resolução de contrato de compra e venda de imóvel e indenização de danos, formulados por Renato Balogh Kiss em face de Odebrecht Realizações SP 16 Empreendimentos Imobiliários S.A. e Hotelaria Accor Brasil S.A., declarando a resolução dos contratos entre as partes e condenando solidariamente as rés na devolução de valores ao autor, ou seja, parcelas pagas pelo contrato, além de despesas com contrato de locação "pool hoteleiro", despesas cartorárias e ITBI, tudo com correção monetária pela Tabela Prática do TJ-SP desde cada desembolso e com juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Sucumbência das rés, fixados os honorários advocatícios em 15% do valor da condenação.

Sentença integrada por decisão de ps. 2.336, que rejeitou embargos de declaração das rés (ps. 2.323/2.331).

Apelação da ré Accor a ps. 2.339/2.405, alegando, em síntese, que o pedido do apelado seria de redibição, sem pedidos alternativos ou subsidiários de cumprimento forçado do contrato ou indenização de perdas e danos. Afirma que o apelado teria decaído de seu direito à redibição, pois prazo decadencial anual, nos termos do artigo 445, §1º, do Código Civil - questão não examinada pela sentença, que apenas teria observado o artigo 618, § único, do Código Civil. Prequestiona também o artigo 441 do CC. Refere-se a precedentes jurisprudenciais de empreendimentos hoteleiros na mesma comarca, envolvendo a mesma causa de pedir e os mesmos réus, com reconhecimento de decadência. Prequestiona o enunciado 28 da I Jornada de Direito Civil e o enunciado 174 da III Jornada de Direito Civil. Impugna a configuração da relação como consumerista, porque não caracterizados os elementos dos artigos 2º e 3º do CDC. De qualquer forma, o artigo 26 do CDC envolveria vícios aparentes do produto e que seria obstado por reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor (art. 26, §2º, CDC), o que não teria ocorrido no caso a partir do apelado. Sustenta que, no caso, o vício seria oculto, de maneira que a suspensão do prazo decadencial não se aplicaria. Subsidiariamente, caso afastado o prazo do artigo 445, §1º, do CC, haveria a incidência do artigo 618, § único, do CC, também de decadência, para a resolução do contrato. Alega que o fato de haver tentativas de reparação do vício pela apelante não obstaria o reconhecimento da decadência, contada da ciência do apelado. Aduz que haveria ilegitimidade passiva da apelante, porque não

Acesso ao Sumário

seria a responsável pela construção do empreendimento, apenas administrando o hotel, e os pedidos do apelado envolveriam apenas a rescisão da compra e venda, não a resolução do contrato de aluguel entre o apelado e a apelante, para a operação hoteleira. Afirma que o pedido de devolução de valores pagos à apelante não poderia ser acolhido, porque não haveria causa de pedir expressa a ela. Alega que a publicidade inicial do empreendimento se referia à parceria com a apelante porque o empreendimento seria um hotel, de administração dela, o que não incluiria obrigações para a construção. Sustenta que a resolução do contrato de compra e venda levaria à resolução do contrato de locação e administração hoteleira, para modular os efeitos *ex tunc* das resoluções, a fim de que a apelante não seja prejudicada por não ter responsabilidade sobre os vícios que ensejam a resolução do contrato com a corré. Alega que não poderia responder pelo pedido de restituição de valores pagos pelo contrato de compra e venda, porque não fora parte do negócio e não teria recebido pagamentos da compra e venda diretamente pelo apelado. Sustenta que não seria possível a redibição do contrato, porque haveria alienação fiduciária em garantia, para incidência dos termos da Lei 9.514/1997, conforme tese repetitiva firmada pelo STJ (tema 1.095). Alega que os vícios apontados pelo apelado seriam remediáveis, conforme perícia produzida em demanda ajuizada pelo condomínio em face da incorporadora. Tendo em vista que os vícios seriam sanáveis, não se admitiria a redibição do contrato. Afirma que os defeitos não seriam substanciais, tendo em vista que o hotel está em funcionamento. Aduz que os prejuízos do apelado com os vícios construtivos poderiam ser resolvidos com reparação de danos, em razão de bloqueio de unidades do hotel com os defeitos, o que já teria sido objeto de pretensão do condomínio, em demanda própria. Afirma que a desistência seria motivada por arrependimento do apelado, em razão de não ter havido o retorno financeiro esperado de lucro, tendo em vista problemas econômicos da região, sem culpa da apelante. Alega que a pretensão do apelado decorreria de baixo retorno do empreendimento hoteleiro, o que decorreria dos vícios construtivos que impediriam a plena ocupação do hotel, o que seria abusivo, pois não haveria ocupação integral do hotel em nenhuma época do ano. De qualquer forma, o hotel estaria em pleno funcionamento, com boa avaliação, o que afastaria os prejuízos do apelado, para sua indenização. Relata que os vícios da unidade do apelado já teriam sido remediados, o que desconstituiria a causa de pedir. Por fim, alega que o contrato de compra e venda seria coligado ao contrato de locação hoteleira, e que a resolução daquele deveria envolver também a resolução deste, cabendo ao apelado devolver os valores recebidos pelo aluguel, sob pena de enriquecimento sem causa.

Apelação da ré Odebrecht a ps. 2.598/2.656, alegando, em síntese, que que o pedido do apelado seria de redibição, sem pedidos alternativos ou subsidiários de cumprimento forçado do contrato ou indenização de perdas e danos.

Acesso ao Sumário

Afirma que o apelado teria decaído de seu direito à redibição, pois prazo decadencial anual, nos termos do artigo 445, §1º, do Código Civil - questão não examinada pela sentença, que apenas teria observado o artigo 618, § único, do Código Civil. Prequestiona também o artigo 441 do CC. Refere-se a precedentes jurisprudenciais de empreendimentos hoteleiros na mesma comarca, envolvendo a mesma causa de pedir e os mesmos réus, com reconhecimento de decadência. Prequestiona o enunciado 28 da I Jornada de Direito Civil e o enunciado 174 da III Jornada de Direito Civil. Impugna a configuração da relação como consumerista, porque não caracterizados os elementos dos artigos 2º e 3º do CDC. De qualquer forma, o artigo 26 do CDC envolveria vícios aparentes do produto e que seria obstado por reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor (art. 26, §2º, CDC), o que não teria ocorrido no caso a partir do apelado. Sustenta que, no caso, o vício seria oculto, de maneira que a suspensão do prazo decadencial não se aplicaria. Subsidiariamente, caso afastado o prazo do artigo 445, §1º, do CC, haveria a incidência do artigo 618, § único, do CC, também de decadência, para a resolução do contrato. Alega que o fato de haver tentativas de reparação do vício pela apelante não obstaria o reconhecimento da decadência, contada da ciência do apelado. Sustenta que não seria possível a redibição do contrato, porque haveria alienação fiduciária em garantia, para incidência dos termos da Lei 9.514/1997, conforme tese repetitiva firmada pelo STJ (tema 1.095). Alega que os vícios apontados pelo apelado seriam remediáveis, conforme perícia produzida em demanda ajuizada pelo condomínio em face da incorporadora. Tendo em vista que os vícios seriam sanáveis, não se admitiria a redibição do contrato. Afirma que os defeitos não seriam substanciais, tendo em vista que o hotel está em funcionamento. Aduz que os prejuízos do apelado com os vícios construtivos poderiam ser resolvidos com reparação de danos, em razão de bloqueio de unidades do hotel com os defeitos, o que já teria sido objeto de pretensão do condomínio, em demanda própria. Afirma que a desistência seria motivada por arrependimento do apelado, em razão de não ter havido o retorno financeiro esperado de lucro, tendo em vista problemas econômicos da região, sem culpa da apelante. Alega que a pretensão do apelado decorreria de baixo retorno do empreendimento hoteleiro, o que decorreria dos vícios construtivos que impediriam a plena ocupação do hotel, o que seria abusivo, pois não haveria ocupação integral do hotel em nenhuma época do ano. De qualquer forma, o hotel estaria em pleno funcionamento, com boa avaliação, o que afastaria os prejuízos do apelado, para sua indenização. Relata que os vícios da unidade do apelado já teriam sido remediados, o que desconstituiria a causa de pedir. Por fim, alega que o contrato de compra e venda seria coligado ao contrato de locação hoteleira, e que a resolução daquele deveria envolver também a resolução deste, cabendo ao apelado devolver os valores recebidos pelo aluguel, sob pena de enriquecimento sem causa.

Acesso ao Sumário

Contrarrazões a ps. 2.854/2.891.

Oposições ao julgamento virtual (ps. 2.957, 2.959 e 2.961).

Os autos encontram-se em termos para julgamento.

É o relatório.

Os recursos comportam provimento.

Ilegitimidade passiva corré Accor

Primeiramente, deve-se reconhecer a ilegitimidade passiva da apelante Accor.

Embora tenha constado logotipo da apelante Accor em informes publicitários do empreendimento (ps. 391/414), sua participação era apenas para a operação hoteleira do empreendimento, após as conclusões das obras, e não para a construção.

Como a pretensão do apelado é de rescisão do contrato de compromisso de compra e venda da unidade, que foi firmado exclusivamente com a apelante Odebrecht (ps. 125/134), não há legitimidade passiva da apelante Accor quanto a esse pedido, nem para a indenização daí decorrente, de restituição dos valores pagos.

Nesse sentido:

"*RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE DE APART-HOTEL. PARALISAÇÃO DAS OBRAS. AÇÃO RESOLUTÓRIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. CONSUMIDOR FINAL. AFASTAMENTO. INVESTIDOR. TEORIA FINALISTA MITIGADA. VULNERABILIDADE. AFERIÇÃO. NECESSIDADE.* ***FUTURA ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS HOTELEIROS. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. CADEIA DE FORNECIMENTO. DESCARACTERIZAÇÃO. OFERTA E PUBLICIDADE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INEXISTÊNCIA. INFORMAÇÃO CLARA. ATUAÇÃO ESPECIFICADA. ADQUIRENTE. CIÊNCIA EFETIVA. POOL DE LOCAÇÃO.*** *SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. CONTRATAÇÃO.*

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. As questões controvertidas na presente via recursal são: a) definir se o Código de Defesa do Consumidor se aplica às ações de resolução de promessa de compra e venda de imóvel não destinado à moradia do adquirente (finalidade de investimento) e b) delinear se a futura administradora de empreendimento hoteleiro, cujas obras foram paralisadas, possui legitimidade passiva ad causam, juntamente com a promitente vendedora, a intermediadora e a incorporadora, em demanda resolutória e reparatória de contrato de aquisição de unidades de apart-hotel.

Acesso ao Sumário

3. O adquirente de unidade imobiliária, mesmo não sendo o destinatário final do bem e apenas possuindo o intuito de investir ou auferir lucro, poderá encontrar abrigo da legislação consumerista com base na teoria finalista mitigada se tiver agido de boa-fé e não detiver conhecimentos de mercado imobiliário nem expertise em incorporação, construção e venda de imóveis, sendo evidente a sua vulnerabilidade. Em outras palavras, o CDC poderá ser utilizado para amparar concretamente o investidor ocasional (figura do consumidor investidor), não abrangendo em seu âmbito de proteção aquele que desenvolve a atividade de investimento de maneira reiterada e profissional.

4. O apart-hotel (flat services ou flats) é um prédio de apartamentos com serviços de hotelaria. No caso, é incontroverso que o empreendimento se destina a aluguéis temporários. Como não é permitido aos condomínios praticarem atividade comercial, e para haver a exploração da locação hoteleira, os proprietários das unidades devem se juntar em uma nova entidade, constituída comumente na forma de sociedade em conta de participação, apta a ratear as receitas e as despesas das operações, formando um pool hoteleiro, sob a coordenação de uma empresa de administração hoteleira.

5. Na hipótese, é inegável que a promissária compradora era investidora, pois tinha ciência de que as unidades habitacionais não seriam destinadas ao próprio uso, já que as entregou ao pool hoteleiro ao anuir ao Termo de Adesão e ao contratar a constituição da sociedade em conta de participação para exploração apart-hoteleira, em que integraria os sócios participantes (sócios ocultos), sendo a Blue Tree Hotels a sócia ostensiva. Pela teoria finalista mitigada, a Corte local deveria ao menos aferir a sua vulnerabilidade para fins de aplicação do CDC.

6. Na espécie, não há falar em deficiência de informação ou em publicidade enganosa, porquanto sempre foi divulgada claramente a posição da BTH no empreendimento, tendo se obrigado, nos termos da oferta ao público e dos contratos pactuados, de que seria tão somente a futura administradora dos serviços hoteleiros após a conclusão do edifício, sem ingerência na comercialização das unidades ou na sua construção. Reconhecimento da ilegitimidade passiva ad causam.

7. Deve ser afastada qualquer responsabilização solidária da recorrente pelo não adimplemento do contrato de promessa de compra e venda das unidades do apart-hotel, seja por não integrar a cadeia de fornecimento relativa à incorporação imobiliária, seja por não compor o mesmo grupo econômico das empresas inadimplentes, seja por também ter sido prejudicada, visto que sua pretensão de explorar o ramo hoteleiro na localidade foi tão frustrada quanto a pretensão da autora de ganhar

Acesso ao Sumário

rentabilidade com a aquisição e a locação das unidades imobiliárias. *8. Recurso especial provido.*". (STJ, 3ª T., REsp n. 1.785.802/SP, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, julgado em 19/02/2019, DJe 06/03/2019, sem destaque no original)

De fato, a ilegitimidade passiva da apelante Accor deve ser reconhecida, porque ela não compõe a cadeia de fornecimento da incorporação do empreendimento imobiliário, sendo responsável apenas pela operação do serviço hoteleiro, após a conclusão das obras, conforme contrato de ps. 78/124. Ademais, as apelantes não fazem parte do mesmo grupo econômico e a apelante Accor também é prejudicada pelos alegados defeitos dos imóveis, do empreendimento construído, porque isso afeta a operação hoteleira por ela exercida.

Assim, o recurso da ré Accor deve ser provido para o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva para a demanda, por não responder pelos prejuízos decorrentes de possíveis vícios de construção no imóvel, o que torna prejudicadas as demais questões do recurso dela.

Decadência do pedido redibitório

Em segundo lugar, como bem alegado pela apelante Oderecht, deve-se reconhecer a decadência do direito à redibição, o que leva à improcedência do pedido redibitório formulado pelo apelado - de rescisão do contrato de compra e venda da unidade imobiliária, com restituição de valores pagos.

Com efeito, essa pretensão decorre de alegados vícios ocultos do imóvel, vícios redibitórios nos termos do artigo 441 do Código Civil. A pretensão formulada pelo apelado é de rescisão do contrato, justamente pretensão redibitória, de rejeição do imóvel vendido - uma das alternativas potestativas como consequência da redibição (art. 442, CC).

Esse direito possui prazo decadencial de um ano, por se tratar de bem imóvel (art. 445, *caput*, CC), e não era vício de fácil constatação, por envolver a qualidade do sistema de ar-condicionado, que depende do efetivo uso por algum tempo - ou seja, o prazo decadencial não poderia ser contado do momento da venda (art. 445, §1º, CC). Contudo, o vício foi constatado e cientificado ao apelado pelo menos desde 21/03/2019, data de assembleia geral dos condôminos do empreendimento imobiliário, em que já havia discussão sobre os problemas do ar-condicionado e informação de que tentativas anteriores com a construtora não foram bem-sucedidas para sua resolução (ps. 172/174).

Assim, cabia ao apelado ter exercido seu direito à redibição pelo menos até 21/03/2020, um ano depois da data de conhecimento dos vícios do ar-condicionado (art. 445, §1º, CC). Para a rescisão do contrato, pelos vícios redibitórios, dever-se-ia observar o prazo decadencial da redibição, que já estava integralmente esgotado quando do ajuizamento desta demanda, em 12/05/2022.

Nesse aspecto, respeitado o entendimento diverso do I. Magistrado sentenciante, o fato de haver operações da apelante Odebrecht para tentar reparar

Acesso ao Sumário

os vícios não altera a contagem do prazo. À decadência não se aplicam as causas de interrupção ou suspensão da prescrição (art. 207, CC), como seria a conduta da construtora de tentar reparar os defeitos - o que caracterizaria a hipótese do artigo 202, inciso VI, do Código Civil. Sem interrupção da decadência, o direito à redibição deveria ser sido exercido pelo apelado até 21/03/2020, o que não ocorreu no caso.

Aplicadas as disposições do artigo 445 do Código Civil, por se tratar de pretensão redibitória com base no artigo 441 do mesmo Código, afasta-se a incidência do artigo 618 do Código Civil, prequestionado pela apelante. Este dispositivo trata de contrato de empreitada e a relação contratual entre as partes foi de compra e venda.

Enfim, tendo em vista que o apelado formulava pretensão redibitória, para a rescisão do contrato de compra e venda firmado com a apelante Odebrecht, por vícios no sistema de ar-condicionado constatados pelo menos desde 21/03/2019, cabia a ele ter exercido tal direito dentro do prazo de um ano, com base no artigo 445, §1º, do Código Civil. Como a ação foi ajuizada somente em 12/05/2022, houve decadência do direito à redibição, o que afasta a pretensão de rescisão do contrato e devolução de quantias pagas.

Da mesma forma, o prazo decadencial do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor não favorece o apelado. Aquele prazo poderia ser interrompido por reclamação formulada pelo consumidor (art. 26, §2º, I, CDC), até resposta negativa da fornecedora. No caso, nota-se que o condomínio de que faz parte a unidade do apelado ajuizou demanda indenizatória pelos defeitos do sistema de ar-condicionado (autos n. 1018990-24.2019.8.26.0562) e a apelante Odebrecht, em contestação, alegou que tentou a solução dos defeitos, com recusa pelo condomínio. Como a não contagem do prazo decadencial do artigo 26 do CDC envolve somente a reclamação formulada pelo consumidor e a resposta pela fornecedora, a não aceitação da solução dada pela construtora importa, na prática, em negativa para os efeitos do artigo 26, §2º, inciso I, do CDC - negativa que ocorreu há vários anos, aproximadamente nas datas das assembleias referidas pelo apelado (ps. 172/177). Por isso, também por esse fundamento a decadência teve seu prazo iniciado há certo tempo, estando esgotada quando do ajuizamento da demanda.

Pretensão indenizatória - pedido subsidiário

Afastada a pretensão à redibição, deve-se examinar o pedido subsidiário formulado pelo apelado, de indenização pela diferença entre o valor pago e corrigido da venda e o valor de avaliação do imóvel por perícia, em caso de inexistência dos defeitos.

Esse pedido não decorre do direito redibitório, tratando-se de efetiva indenização por prejuízos em razão dos defeitos do imóvel. Os vícios redibitórios podem ensejar pretensões redibitórias - de redibição do contrato ou abatimento

Acesso ao Sumário

do preço (art. 442, CC) - ou pretensão indenizatória pelos prejuízos em razão do recebimento do imóvel com defeitos, que possivelmente afetam o uso e a fruição da coisa pelo comprador.

Essa última pretensão, de reparação de prejuízos pelos defeitos do imóvel, não se limita pelo prazo decadencial anual do artigo 445 do Código Civil, por se tratar de pretensão indenizatória, de relação contratual, de prazo prescricional decenal (art. 205, CC). Nesse sentido:

> "*DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. DEFEITOS APARENTES DA OBRA. PRETENSÃO DE REEXECUÇÃO DO CONTRATO E DE REDIBIÇÃO. PRAZO DECADENCIAL. APLICABILIDADE.* ***PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. SUJEIÇÃO À PRESCRIÇÃO. PRAZO DECENAL. ART. 205 DO CÓDIGO CIVIL****. 1. Ação de obrigação de fazer cumulada com reparação de danos materiais e compensação de danos morais. 2. Ação ajuizada em 19/07/2011. Recurso especial concluso ao gabinete em 08/01/2018. Julgamento: CPC/2015. 3. O propósito recursal é o afastamento da prejudicial de decadência e prescrição em relação ao pedido de obrigação de fazer e de indenização decorrentes dos vícios de qualidade e quantidade no imóvel adquirido pelo consumidor. 4. É de 90 (noventa) dias o prazo para o consumidor reclamar por vícios aparentes ou de fácil constatação no imóvel por si adquirido, contado a partir da efetiva entrega do bem (art. 26, II e § 1º, do CDC). 5. No referido prazo decadencial, pode o consumidor exigir qualquer das alternativas previstas no art. 20 do CDC, a saber: a reexecução dos serviços, a restituição imediata da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço. Cuida-se de verdadeiro direito potestativo do consumidor, cuja tutela se dá mediante as denominadas ações constitutivas, positivas ou negativas. 6. Quando, porém, a pretensão do consumidor é de natureza indenizatória (isto é, de ser ressarcido pelo prejuízo decorrente dos vícios do imóvel) não há incidência de prazo decadencial. A ação, tipicamente condenatória, sujeita-se a prazo de prescrição.* ***7. À falta de prazo específico no CDC que regule a pretensão de indenização por inadimplemento contratual, deve incidir o prazo geral decenal previsto no art. 205 do CC/02, o qual corresponde ao prazo vintenário de que trata a Súmula 194/STJ, aprovada ainda na vigência do Código Civil de 1916 ("Prescreve em vinte anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos na obra")****. 8. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.*" (STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.721.694/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 03/09/2019 sem destaque no original).

Acesso ao Sumário

Mesmo se aplicadas as disposições do Código de Defesa do Consumidor, de indenização por defeitos do produto vendido, do imóvel entregue (art. 12, CDC), a prescrição não estaria caracterizada, porque o prazo prescricional seria quinquenal (art. 27, CDC).

Portanto, embora afastada a pretensão redibitória de rescisão do contrato e devolução de quantias pagas, admissível a pretensão indenizatória, de reparar os prejuízos decorrentes dos defeitos de construção, de eventuais danos advindos da entrega do imóvel com defeitos no sistema de ar-condicionado.

Contudo, a reparação é descabida no caso. Em ação anterior, ajuizada pelo condomínio que é integrado pela unidade do apelado (autos n. 1018990-24.2019.8.26.0562), foram reconhecidos os defeitos construtivos no imóvel, de falha de execução do projeto de instalação do sistema de ar-condicionado em todo o empreendimento hoteleiro - conforme consta do laudo pericial apresentado como prova emprestada pelo apelado (ps. 526/1.035), que estimou o valor de 03 (três) milhões de reais para o reparo dos defeitos. Nota-se que sentença lá proferida condenou a aqui apelante Odebrecht a ressarcir o condomínio desses custos estimados.

Como o laudo pericial referido reconheceu a possibilidade de reparo dos defeitos do sistema de ar-condicionado, obrigação a que a apelante inclusive já fora condenada perante o condomínio do empreendimento, inviável o reconhecimento de que o imóvel do apelado tenha prejuízos a serem reparados, pelo menos no sentido da pretensão por ele formulada, de indenização pela diferença entre o valor pago e corrigido da venda e o valor de avaliação do imóvel por perícia, em caso de inexistência dos defeitos. Realmente, com o reparo dos defeitos por iniciativa do condomínio, o imóvel não mais terá as características danosas apontadas pelo apelado e, portanto, não mais terá qualquer possível redução no valor de sua avaliação.

Em sentido semelhante tem decidido esta Câmara:

"APELAÇÃO CÍVEL. COMPRA E VENDA DE UNIDADE EM EMPREENDIMENTO HOTELEIRO. RESCISÃO CONTRATUAL. VÍCIO REDIBITÓRIO. ESCRITURA OUTORGADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Ação de rescisão contratual, cumulada com devolução de valores pagos. Pleito ajuizado pelos adquirentes, fundado em vício redibitório. Sentença de parcial procedência, a fim de declarar rescindido o contrato firmado entre as partes e condenar as demandadas solidariamente à devolução de 90% do valor pago pelos autores. Insurgência das rés. RECURSO DA CORRÉ HOTELARIA ACCOR. Preliminar de ilegitimidade passiva que prospera. Administradora hoteleira que mantém contrato de locação com a incorporadora, iniciado a partir da fase operacional. Ré que não possuiu nenhuma ingerência na construção ou fiscalização do empreendimento, além de também ter sido prejudicada pelo vício ar-

Acesso ao Sumário

guido pelos autores. RECURSO DA RÉ ODEBRECHT. MATÉRIA PRELIMINAR. Nulidade da sentença por não ter apreciado a alegação de decadência veiculada, bem assim por ter se baseado em premissa fática equivocada, afastada. Alegação de cerceamento de defesa que também não merece acolhimento. APLICABILIDADE DO CDC. Incidência na espécie. Adoção da teoria finalista mitigada. Elementos dos autos que não permitem concluir no sentido de que os autores são investidores contumazes, com experiência em incorporação, construção e venda de imóveis. Precedente do STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. Alegação de incompetência da Justiça Estadual em razão da existência de cláusula arbitral. Impossibilidade de utilização compulsória em contrato regulado por relação consumerista. Inteligência do art. 51, VII, do CDC. DECADÊNCIA. Não ocorrência. Prazo decadencial para o exercício da pretensão redibitória de bem imóvel que é de um ano a partir da ciência do vício, se oculto. Inteligência do art. 445, §1º do Código Civil. Elementos dos autos que demonstram o ajuizamento tempestivo da demanda. MÉRITO. Insurgência que prospera. ***Existência de vício no sistema de ar condicionado que, no caso em tela, não autoriza a resolução contratual. Vício que é passível de reparação e não há comprovação de que obsta o exercício da atividade hoteleira, finalidade da contratação.*** *Autores que, ao contrário, afirmaram que não questionam vícios na prestação de serviços hoteleiros e o resultado financeiro da exploração hoteleira. Sentença reformada para reconhecer a ilegitimidade passiva da corré ACCOR e julgar improcedente a demanda em relação à corré ODEBRECHT. Diante da improcedência, desnecessária a análise do outro tema, ou seja, inviabilidade de acolhimento da pretensão pelo fato do contrato particular de promessa de venda e compra de unidade autônoma ter sido extinto, outorgada a escritura. Sucumbência dos autores. RECURSOS PROVIDOS." (v. 35720). (TJSP; Apelação Cível 1024047-23.2019.8.26.0562; Relator (a): Viviani Nicolau; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/02/2022; Data de Registro: 23/02/2022)*

Ademais, os serviços de reparos do sistema de ar-condicionado já foram contratados por iniciativa do condomínio, inclusive com contemplação da unidade comprada pelo apelado (p. 1.044). Por isso, embora os vícios tenham existido, os reparos já foram contratados, em benefício do apelado e dos demais condôminos, o que reforça a conclusão pela inexistência de prejuízos de diferença do valor de avaliação do imóvel.

Como o pedido formulado pelo apelado para a indenização era específico para a diferença de avaliação da propriedade em caso de ausência de danos, não cabe qualquer exame de pedido indenizatório de outra natureza. O apelado che-

Acesso ao Sumário

ga a alegar que os defeitos teriam impactado na repartição de lucros do imóvel, mas não formula pedido específico nesse sentido, para reparação de possíveis diferenças na lucratividade do empreendimento hoteleiro caso os vícios do ar-condicionado jamais tivessem existido (ps. 72/73). Por isso, por falta de pedido expresso, não cabe qualquer decisão nesse sentido (arts. 141 e 492, CC).

Em suma, considerando-se os defeitos alegados e apurados por perícia em outra demanda e os reparos já conduzidos, não restam caracterizados os danos alegados, de eventuais diferenças na avaliação do imóvel, pretensão indenizatória formulada pelo apelado.

Ante o exposto, **dá-se provimento** à apelação da corré Accor, para extinguir o processo sem exame do mérito em relação a ela, por ilegitimidade passiva (art. 485, VI, CPC); e **dá-se provimento** à apelação da corré Odebrecht, reformando-se a r. sentença para reconhecer a decadência da pretensão redibitória e julgar improcedente a pretensão indenizatória por diferença de valor de avaliação do imóvel.

Com a reforma da sentença, deve-se reconhecer a sucumbência exclusiva do autor, que deverá arcar com a integralidade das custas e das despesas do processo, bem como com honorários advocatícios sucumbenciais de 12% do valor atualizado da causa para os patronos das rés.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1013332-39.2022.8.26.0004, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados BANCO ITAUCARD S/A e KAVAK TECNOLOGIA E COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA., é apelado/apelante CEDRO ENGENHARIA, CONSULTORIA E COMÉRCIO LTDA.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento a apelo da ré, deram parcial provimento ao recurso adesivo da autora e recurso de corréu prejudicado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.159)**

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

São Paulo, 17 de julho de 2024.

CARLOS RUSSO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. Venda e compra de veículo automotor, com financiamento

bancário. Vícios de qualidade. Abordagem constitutivo/reparatória. Juízo de parcial procedência. Apelo de corré, revendedora, desprovido. Recurso adesivo da autora, a que se dá parcial provimento (disciplina por dano moral). Apelo de corréu, agente financeiro, prejudicado.

VOTO

RELATÓRIO

Aquisição de veículo automotor, abordagem constitutivo/reparatória, sentença de parcial procedência (fls. 306/311), as partes apelaram.

Ordem de interposição, agente financeiro, com preliminar de ilegitimidade passiva. No mérito, bate-se pela improcedência da demanda.

Revendedora de veículos, à busca da improcedência da demanda. Subsidiariamente, pugna pela redução de honorária de sucumbência (artigo 85, §2º, do Código de Processo Civil).

Autora, perquire maior alcance condenatório.

Respostas recursais, a fls. 369/375, 382/395, 396/414 e 436/444

FUNDAMENTAÇÃO

Agente financeiro, liquidando a respectiva obrigação de pagamento (fls. 376/377), recurso que fez interpor sobrevém prejudicado.

Na hipótese, tem-se, bem configurada, a incúria de empresa, vendedora, sem lograr êxito em corrigir vícios de qualidade de veículo automotor, em longo périplo, sem solução, assim legitimando desfecho resolutório, com restituição de valores à compradora e consequente devolução do veículo à vendedora.

A propósito, relevantes observações do magistrado da causa:

"Resta incontroversa a alegação de venda do veículo que continua em manutenção, com vício desde o primeiro dia da retirada do veículo.

Evidente, assim, vícios ocultos no veículo, de modo que procede a pretensão de rescindir a compra e venda.

E nesse ponto, entendo irrelevante se a ré cumpriu ou não o prazo para conserto, pois o fato de ter vício oculto no veículo, que foi utilizado por poucos dias pela autora, em razão da reiterada necessidade de retorno à oficina, demonstra que não houve reparo efetivo, permanecendo o veículo com vício por prazo superior inclusive aos 90 dias mencionado pela ré.

Deve-se, assim, rescindir o contrato e restabelecer o status quo ante, extinguindo-se, também, o financiamento" (fls. 307/308).

Ampla frustração, com evidente desapreço a direitos de cliente, consumidora, obrigada a resgatar direitos em juízo, tal quadro autoriza agregar disciplina por dano moral, aqui arbitrada na quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais), com juros, de um por cento ao mês, desde a citação e com correção monetária, da

Acesso ao Sumário

data deste julgamento, assim em atenção a princípios de proporcionalidade e razoabilidade, ainda para que a tutela cumpra alcance pedagógico.

Quanto ao dano material, não se obteve melhor comprovação do respectivo nexo causal, vinculando a locação de outros veículos, como sucedâneo, necessário, à indisponibilidade do veículo comercializado pela ré.

Nesse passo, também oportunas as ponderações do magistrado da causa:

"Considerando que o veículo ficou indisponível entre 13.05.22 e 27.05.22 e depois desde 05.07.22 e 12.08.22, verifica-se que houve locação de veículos em período que o veículo estava com a autora, como no mês de junho.

Assim, das notas emitidas pela MM Viagens e Turismo Ltda fazendo referência a locação de veículo, passagem aérea e diárias de hotel, não é possível inferir que a despesa com a locação do veículo no valor total de R$ 7.706,60 tenha sido feito em razão do vício no veículo aqui discutido ou se trata de veículos que costumam ser locados pela autora em razão de sua atividade" (fl. 310).

Dando causa à demanda, substancialmente vencida pela autora, soma-se à ré, apelante (revendedora) ônus de responder pelas despesas processuais, nessa rubrica honorária de patronos da autora, arbitrada em vinte por cento do valor da condenação, devidamente atualizada.

DISPOSITIVO

Do exposto, pelo meu voto, **nego provimento a apelo da ré, vendedora e dou parcial provimento a recurso adesivo da autora (pontos relativos à condenação por dano moral e disciplina de sucumbência). Recurso de agente financeiro, remanesce prejudicado.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1084803-21.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante UNIÃO MUNICIPAL DOS ESTUDANTES SECUNDARISTAS DE SÃO PAULO - UMES, é apelado PAGSEGURO INTERNET INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO S/A.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U. Compareceu para sustentar oralmente o Dr. Eneas de Oliveira Matos.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 72307)**

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

São Paulo, 17 de julho de 2024.

CARLOS ABRÃO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - TRANSAÇÕES NÃO RECONHECIDAS - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - RECURSO.
1- RELAÇÃO DE CONSUMO - NÃO CARACTERIZAÇÃO - VULNERABILIDADE QUE NÃO PODE SER PRESUMIDA - CONTRATO ENTABULADO ENTRE DUAS PESSOAS JURÍDICAS DE ELEVADO PODER ECONÔMICO.
2- INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - CULPA CONCORRENTE - FUNCIONÁRIO DA AUTORA QUE DEMOROU UM DIA PARA PERCEBER QUE NÃO ESTAVA EM POSSE DO CELULAR, INFORMOU PARA O GERENTE DA CONTA PANE NO APARELHO AO INVÉS DE FURTO E COMUNICOU O OCORRIDO APENAS POR WHATSAPP, APÓS AS 18 HORAS E EM DIA DE FERIADO, AO INVÉS DE UTILIZAR O SISTEMA DE ATENDIMENTO 24 HORAS - BANCO QUE POR SUA VEZ REALIZOU AUMENTO DE LIMITE NÃO SOLICITADO, AUTO-RIZOU 47 TRANSFERÊNCIAS NUM PERÍODO DE 4 HORAS E APROVOU OPERAÇÕES QUE SUPERARAM EM MUITO O LIMI-TE PERMITIDO - DEMANDADO QUE DEVE ARCAR COM META-DE DO PREJUÍZO EXPERIMENTADO PELA REQUERENTE.
3- RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de apelo tirado contra a r. sentença prolatada de fls. 595/609 julgando improcedente a demanda, condenando a autora ao pagamento de custas, despesas e verba honorária fixada em 10% sobre o valor da ação, de relatório adotado.

A requerente aduz que seu produtor cultural teve o celular pelo qual realizava movimentações financeiras da instituição furtado, lavrando boletim de ocorrência e comunicando a requerida para realizar o bloqueio do aparelho para operações bancárias, o que levou, de forma inexplicável, mais de uma semana, permitindo que os criminosos realizassem 47 transações em um único dia, fora do perfil da autora, requer anulação das transferências impugnadas, afirma que não houve manifestação de vontade, não pode ser obrigada a participar de negócio jurídico que não celebrou, pleiteia pagamento de indenização por danos ma-

Acesso ao Sumário

teriais do montante transferido pelos criminosos, defende a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, aguarda provimento (fls. 612/643).

Documentos (fls. 638/643).

Recurso tempestivo, insuficientemente preparado (fls. 644/645).

Regularmente processado (fls. 646).

Contrarrazões (fls. 649/665), acompanhada de documentos (fls. 666/669).

Houve remessa (fls. 674).

Petição da autora (fls. 676) e da ré (fls. 678) se opondo ao julgamento virtual do recurso.

Determinado o complemento do preparo recursal (fls. 679/680).

Regularizada a taxa judiciária (fls. 683/685).

É O RELATÓRIO.

O recurso prospera em parte.

Cuida-se de ação de indenização por danos materiais na qual a autora alega que após furto de celular do funcionário responsável pelo gerenciamento da conta aberta junto à requerida se deparou com diversas transações fraudulentas, pleiteando agora o ressarcimento pelos danos sofridos.

A relação entabulada entre as partes não pode ser considerada de consumo, celebrado entre duas pessoas jurídicas com grande poder econômico, inexistente hipossuficiência técnica ou vulnerabilidade da empresa.

Na relação de consumo presume-se a vulnerabilidade do consumidor, visando o CDC facilitar sua defesa, mas tal presunção não pode ser aplicada indistintamente para as relações entre pessoas jurídicas, prevendo o Código Civil em seu art. 421-A que os contratos civis e empresariais se presumem paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção.

No caso concreto as duas empresas são de grande monta, sendo certo que a autora possui assessoria jurídica e contábil para auxiliá-la nos negócios celebrados e havendo "paridade de armas", incabível a aplicação do CDC.

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. AGRAVO. DEFICIENTE FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PEÇA ESSENCIAL. NÃO CONHECIMENTO. RELAÇÃO DE CONSUMO. CARACTERIZAÇÃO. DESTINAÇÃO FINAL FÁTICA E ECONÔMICA DO PRODUTO OU SERVIÇO. ATIVIDADE EMPRESARIAL. MITIGAÇÃO DA REGRA. VULNERABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA. PRESUNÇÃO RELATIVA.

[...]

- A jurisprudência consolidada pela 2ª Seção deste STJ enten-

Acesso ao Sumário

de que, a rigor, a efetiva incidência do CDC a uma relação de consumo está pautada na existência de destinação final fática e econômica do produto ou serviço, isto é, exige-se total desvinculação entre o destino do produto ou serviço consumido e qualquer atividade produtiva desempenhada pelo utente ou adquirente. Entretanto, o próprio STJ tem admitido o temperamento desta regra, com fulcro no art. 4º, I, do CDC, fazendo a lei consumerista incidir sobre situações em que, apesar do produto ou serviço ser adquirido no curso do desenvolvimento de uma atividade empresarial, haja vulnerabilidade de uma parte frente à outra.

- Uma interpretação sistemática e teleológica do CDC aponta para a existência de uma vulnerabilidade presumida do consumidor, inclusive pessoas jurídicas, visto que a imposição de limites à presunção de vulnerabilidade implicaria restrição excessiva, incompatível com o próprio espírito de facilitação da defesa do consumidor e do reconhecimento de sua hipossuficiência, circunstância que não se coaduna com o princípio constitucional de defesa do consumidor, previsto nos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF. Em suma, prevalece a regra geral de que a caracterização da condição de consumidor exige destinação final fática e econômica do bem ou serviço, mas a presunção de vulnerabilidade do consumidor dá margem à incidência excepcional do CDC às atividades empresariais, que só serão privadas da proteção da lei consumerista quando comprovada, pelo fornecedor, a não vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica.

- Ao encampar a pessoa jurídica no conceito de consumidor, a intenção do legislador foi conferir proteção à empresa nas hipóteses em que, participando de uma relação jurídica na qualidade de consumidora, sua condição ordinária de fornecedora não lhe proporcione uma posição de igualdade frente à parte contrária. Em outras palavras, a pessoa jurídica deve contar com o mesmo grau de vulnerabilidade que qualquer pessoa comum se encontraria ao celebrar aquele negócio, de sorte a manter o desequilíbrio da relação de consumo. A ?paridade de armas? entre a empresa-fornecedora e a empresa- consumidora afasta a presunção de fragilidade desta. Tal consideração se mostra de extrema relevância, pois uma mesma pessoa jurídica, enquanto consumidora, pode se mostrar vulnerável em determinadas relações de consumo e em outras não. Recurso provido.

(RMS 27.512/BA, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 23/09/2009)

Acesso ao Sumário

Tem-se que aos 13/01/2022 a autora abriu conta junto à requerida, havendo cadastro inicial de Célia, preposta da empresa Onebox Tecnologia Ltda, e do telefone (11) ...-6723 e, posteriormente, aos 22/02/2022 foi solicitada a alteração do celular seguro para aquele de Gabriel, (11) ...-9982, autorizando-o a realizar a movimentação da conta.

Aos 25/02/2022 Gabriel tentou realizar uma transação, entretanto, recebeu a mensagem de que o limite mensal havia sido atingido (fls. 378).

Desta forma entrou em contato com o gerente da conta junto à PagSeguro, William, que questionou qual valor seria transferido e se seria para outro banco ou entre contas PagSeguro, tendo Gabriel informado que a movimentação seria de R$ 812.000,00 para outra conta da PagSeguro.

Willian informou que precisava da informação pois os limites são diferentes e iria aumentá-lo, tendo Gabriel acrescentado que o problema era apenas no limite mensal (fls. 379).

Noticiada a alteração do limite às 18h18min, Gabriel respondeu que faria a transferência na segunda-feira (fls. 380), entretanto, nenhuma mensagem foi trocada até terça-feira, dia 01/03/2022, quando Gabriel às 18h14min relatou para William que no dia anterior (28/02/2022) teve uma pane no seu celular, ocorrendo diversos PIX na conta, os quais não reconhecia.

No dia 02/03/2022 às 9h17min William respondeu orientando Gabriel a entrar em contato com a central de atendimento para eles bloquearem a conta e explicarem os procedimentos a serem adotados (fls. 381).

Causa estranheza o relato e a postura de Gabriel, o qual disse que tentou realizar as transferências na segunda-feira, dia 28/02/2022, mas não conseguiu por ser feriado de carnaval (fls. 472). Depois disso notou o furto do celular apenas no dia seguinte, aos 01/03/2022, e somente após o encerramento do horário comercial informou ao gerente uma "pane no aparelho", ao invés de relatar o que efetivamente havia ocorrido, optando por não utilizar um dos canais de atendimento 24h, apesar do vultoso valor transferido da conta.

Não é crível que Gabriel foi furtado no dia 28 e ainda ficou a noite e o dia seguinte inteiros sem reparar que não estava mais em posse do aparelho, notando o ocorrido apenas após as 18 horas do dia 01/03/2022.

O preposto da autora não agiu com a diligência esperada do homem médio, principalmente se considerarmos o montante vultoso transferido indevidamente.

Não bastasse, Gabriel não fez um boletim de ocorrência referente ao furto do celular, o ocorrido é apenas mencionado no boletim de ocorrência de fls. 57/58, o qual é focado nas transações não reconhecidas, sem trazer maiores informações acerca do possível local do furto ou modelo do aparelho.

Ademais, as transações ocorreram entre 8 e 12 horas do dia 01/03/2022, de forma que Gabriel só veio a notar o furto do dia 28/02/2022 no dia seguinte,

Acesso ao Sumário

por volta das 18 horas, muito tempo após a ocorrência do delito.

Por outro lado, Gabriel informou que só deveria ser aumentado o limite mensal e que a transferência seria para outra conta PagSeguro, mas a requerida aumentou o limite de todos os tipos de transação, inclusive o de PIX, que foi de R$ 10.000,00, em fevereiro de 2022, para R$ 310.000,00 em março e abril de 2022 (cliente ID 178305... - fls. 389/390), estando, ainda, comprovada a existência prévia de limite para realização de transações via PIX.

Se o próprio gerente perguntou como seriam realizadas as transferências, pois havia limites separados, sendo informado por Gabriel que seria apenas para contas PagSeguro, transação que se encaixava em "Transferência entre Contas e TED", única modalidade com limite elevado anteriormente (R$ 2.000.000,00), não se vê justificativa para que a requerida aumentasse todos os limites, contribuindo para a realização do golpe, o qual se deu através de PIX, cujo limite anterior era de apenas R$ 10.000,00.

E não é só, ainda que o novo limite das transações via PIX fosse de R$ 310.000,00, o banco autorizou no mesmo dia operações que totalizaram R$ 812.232,98, quase o triplo do permitido, sendo evidente a falha na prestação de serviços por parte da casa bancária.

Mesmo se tratando de conta nova, sem a possibilidade de traçar um perfil exato das transações, certamente 47 transferências no período de 4 horas deveriam chamar a atenção dos setores especializados da requerida.

De fato, Gabriel informou que faria a transferência de R$ 812.000,00, porém, ele foi claro de que seria para outra conta aberta junto ao PagSeguro, enquanto as transferências fraudulentas tiveram como destinatário contas abertas junto às mais diversas instituições financeiras (fls. 387).

O tempo de análise pelo setor especializado não é desarrazoado e não contribuiu para a perpetração da fraude, uma vez que o bloqueio da conta foi imediato e apenas a análise das transferências, com o intuito de apurar transações feitas por criminosos, possuía prazo 07 dias.

E aqui não há se falar ausência de manifestação de vontade, pois ainda que terceiro tenha realizado a transação, o fez mediante uso de aparelho autorizado, sob responsabilidade de Gabriel, o qual não agiu com o cuidado esperado, saindo com o aparelho em pleno carnaval, não verificando se ainda estava em posse dele, levando um dia inteiro para notar o furto.

Assim, em que pese a falha na prestação de serviços do banco, que aumentou limite sem solicitação e autorizou transações suspeitas acima do permitido, tem-se culpa concorrente da demandante, cujo preposto não tomou o cuidado esperado com o celular em sua posse, demorando mais de um dia para notar seu furto, comunicando fato diverso (pane) e não entrando em contato imediatamente pelos canais de atendimento 24 horas, limitando-se a mandar mensagem para o gerente em pleno feriado de carnaval e após as 18 horas, não

Acesso ao Sumário

tendo cumprido com seu dever de cuidado.

A esse respeito:

**RESPONSABILIDADE CIVIL - Pretensão na restituição de valores decorrentes de transações bancárias não reconhecidas realizadas por meio de aplicativo para telefone celular, após furto - Sentença de parcial procedência que reconheceu a culpa concorrente das partes, reduzindo à metade os danos materiais sofridos pelo autor - Insurgência deste - Não acolhimento - Simples apossamento do aparelho celular, por si só, não franqueia o acesso ao aplicativo da instituição financeira - Necessidade de aposição de senha eletrônica para acesso ao aplicativo e para a efetivação da transação bancária questionada - Possibilidade do autor ter alimentado seu aparelho celular com as senhas, possibilitando as operações questionadas - Não obstante, operações de empréstimo que destoam do perfil do correntista, não tendo havido qualquer checagem por parte da instituição financeira, o que poderia culminar com o insucesso das transações questionadas - Culpa concorrente corretamente atribuída às partes - Pedido de devolução da transferência bancária realizada por meio do pix que não comporta acolhida - Existência de outras transferências realizadas pelo autor para o mesmo beneficiário - Eventual restituição quanto aos valores devem ser buscadas junto ao beneficiário do crédito - Danos morais não configurados - Situação verificada no caso concreto insuficiente a causar abalo extrapatrimonial indenizável - Sentença mantida - Apelo desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1001299-96.2022.8.26.0010; Relator (a): Jacob Valente; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional X - Ipiranga - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/07/2023; Data de Registro: 31/07/2023)*

Diante desse cenário, arcará a cada parte com 50% do prejuízo, devendo o banco restituir à autora metade dos valores transferidos de sua conta de forma simples, corrigidos desde a data do desconto e com juros de mora de 1% a.m. da citação.

Finalmente está preclusa a questão referente a necessidade de se desconsiderar o depoimento de William por ser parte interessada no resultado da causa, uma vez que o apelante não contraditou a testemunha no momento oportuno, estando consumada a preclusão temporal.

Dessarte o recurso comporta parcial provimento, arcando cada parte com 50% das custas e despesas processuais, fixando-se honorários advocatícios em 10% do valor da causa atualizado, cabendo o pagamento de 50% desse valor pela autora aos patronos do banco, ficando os outros 50% a cargo da instituição financeira a serem pagos ao causídico da parte adversa, em consonância com os critérios do art. 85, § 2º, 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.

Acesso ao Sumário

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, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso e o faço para julgar procedente em parte a demanda, condenando a casa bancária a restituir de forma simples 50% dos valores transferidos da conta da autora em razão da fraude ocorrida no dia 01/03/2022, corrigidos desde a data do débito e com juros de mora de 1% a.m. da citação, arcando cada parte com metade das custas e despesas processuais, fixando-se honorários advocatícios em 10% do valor da causa, cabendo o pagamento de 50% desse valor pela autora aos patronos do banco, ficando os outros 50% a cargo da instituição financeira a serem pagos ao causídico da parte adversa.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0107348-98.2005.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes PATRICIA DE SIQUEIRA PARISI e LUCIANA DE SIQUEIRA PARISI, são apelados LOSANGO CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA., ALBINA CERATTI DIDONE, NEIVA MARIA DIDONE, MARLENE DIDONE, TEREZINHA DIDONE FELIPPE, RONALDO LUIZ DIDONE, ARNALDO GENOEMI DI-

DONE (ESPÓLIO), ANGELINA VALENTE DIDONE e LUCIANA DE SIQUEIRA PARISI.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente a advogada Dra. Ana Paula Batista Poli.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.187)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RODOLFO PELLIZARI (Presidente) e DÉBORA BRANDÃO.

São Paulo, 18 de julho de 2024.

COSTA NETTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE SENTENÇA - Citação válida na usucapião - Realizadas várias tentativas de identificar o proprietário tabular e citá-lo pessoalmente - Apelantes, porém, que nunca diligenciaram a regularização da matrícula, nem possuíram, de maneira direta ou indireta, o imóvel - Em razão disso, os Cartórios de Registro de Imóveis e até mesmo a perícia realizada não puderam identificar as apelantes - Publicação de editais - Sentença mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 1.822/1.825, que julgou improcedente a ação declaratória de nulidade, condenando as autoras a arcar com as despesas processuais e honorários sucumbenciais de 10% do valor da causa. Como consequência, julgou extinta sem resolução de mérito a denunciação à lide, condenando a denunciante nas despesas da denunciação e nos honorários de R$ 2.000,00.

Recorrem as autoras, às fls. 1.928/1.943, alegando que a falta de citação é causa de nulidade absoluta, insuscetível de convalidação, e que o v. acórdão anterior já decidiu que, caso fosse constatada a sobreposição dos imóveis, deveria ser anulada a sentença da ação de usucapião. Dizem, por fim, que não cabe a demonstração nestes autos do direito que defenderia na ação de usucapião.

Contrarrazões apresentadas às fls. 1.951/1.967.

Em razão do acolhimento dos embargos de declaração (incidente nº 50.000, fls. 2001/2003), o v. acórdão de fls. 1975/1978 foi anulado, retornando para novo julgamento do recurso de apelação.

É o relatório.

Sem razão as apelantes.

Trata-se de ação declaratória de nulidade de sentença (*querela nullitatis*

Acesso ao Sumário

insanabilis) por falta de integração completa do polo passivo da ação de usucapião que reconheceu prescrição aquisitiva em favor da ré-apelada.

O imóvel faz parte de uma área maior, que seria de propriedade dos pais da autoras-apelantes, segundo transcrição nº 18.221, do 3º Cartório de Registro de Imóveis desta Capital-SP.

De fato, não cabe na presente anulatória discutir o mérito da usucapião, mas demonstrar prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Entretanto, não se vislumbra nulidade de citação, uma vez que foram realizados todos os meios para encontrar os proprietários tabulares, seguindo-se então para a publicação de editais.

No processo principal, foram enviados Ofícios aos Cartórios de Registro de Imóveis (inclusive àquele no qual se encontrava arquivada a transcrição) para determinar os proprietários tabulares, mas restaram frustrados pela falta de abertura de matrícula.

De fato, com a antiga e precária transcrição da matrícula, o 3º CRI assegurou nestes autos, agora de posse da informação, que não era sequer possível identificar a área usucapienda como parte da referida transcrição. Por isso, inclusive, foi necessária realização de perícia nos autos da presente anulatória.

Foram realizadas diligências ao local para identificação dos titulares de domínio, também frustradas.

Até perícia se realizou nos autos da usucapião, de forma que se concluiu que o imóvel faria parte - como de fato faz - de uma transcrição ainda mais abrangente em nome de terceiros.

Cumpre ressaltar que a citação só não foi concluída pessoalmente por conta do descaso prolongado das apelantes com direitos reais relativos ao imóvel. A regularização do registro deu-se apenas em 2003, quatro anos depois das tentativas de citação (fls. 864). Considerando que o genitor faleceu em 1980, demoraram as apeladas 23 anos para realizar a abertura de matrícula individualizada.

Em razão da ausência de qualquer publicidade da informação sobre a propriedade, de modo a possibilitar a identificação dos réus, eles foram corretamente considerados como em lugar incerto e citados por Edital.

Vide que o fundamento encartado no v. acórdão anterior, de fls. 1.391/1.395, é mero *obiter dictum*, para justificar a anulação da sentença por cerceamento de defesa e determinar a realização de perícia. Porém, nele nada se decidiu efetivamente sobre a validade da citação, não operando preclusão *pro judicato*.

De qualquer modo, com a perícia ficou esclarecido novamente que a citação pessoal não era possível com base apenas nos elementos constantes da transcrição. Ademais, conforme conclusões periciais nestes autos, e como já se evidenciara pelo fato de terem sido frustradas as tentativas de citação na ação de

Acesso ao Sumário

usucapião, o i. perito constatou que as apelantes jamais exerceram a posse direta ou indireta do imóvel.

Pelo exposto, **nega-se provimento ao recurso.**

Considerando o trabalho adicional realizado em âmbito recursal, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, eleva-se o patamar dos honorários sucumbenciais a 12% do valor da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001173-57.2023.8.26.0383, da Comarca de Nhandeara, em que é apelante MARIA DE LOURDES RUIZ CHICONI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO VOTORANTIM S.A.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45271)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores COUTINHO DE ARRUDA (Presidente sem voto), MARCO PELEGRINI e MARCELO IELO AMARO.

São Paulo, 16 de julho de 2024.

MIGUEL PETRONI NETO, Relator

EMENTA: Ação declaratória c/c indenizatória - Contrato bancário - Cerceamento de defesa caracterizado - Arguição de falsidade da assinatura eletrônica em nome da requerente e dos seus dados pessoais lançadas no contrato apresentado pelo banco réu - Incidente de falsidade não instaurado - Aplicação dos arts. 430 a 433, do CPC - Impossibilidade de reconhecimento da falsidade ou autenticidade sem a realização de perícia mista, de natureza grafotécnica e digital-eletrônica, sob o crivo do contraditório, nos termos do inc. II, do art. 429, do CPC - Ônus da prova que compete ao banco réu, incluindo-se o pagamento dos honorários periciais - Questão sedimentada no STJ em sede de recurso repetitivo (REsp. 1.846.649/MA) - Art. 1.036, do CPC - Sentença anulada - Recurso provido, com determinação.

Acesso ao Sumário

VOTO

1:- Trata-se de ação de declaração de inexigibilidade de débito infirmado pela requerente, cumulada com indenização por dano extrapatrimonial decorrente da inscrição desabonadora de seu nome perante os serviços de proteção ao crédito. Adota-se o relatório da r. sentença, *in verbis*: "*Trata-se de ação declaratória de inexistência de débito, c/c indenização por danos morais com pedido de tutela de urgência ajuizada por Maria de Lourdes Ruiz Chiconi em face de Banco Votorantim S/A, alegando, em síntese, que tomou conhecimento que seu nome estava negativo por uma dívida de R$ 46.152,99 (quarenta e seis mil cento e cinquenta e dois reais e noventa e nove centavos) com a requerida da qual nega possuir qualquer tipo de relação. Pugna, pois (a) a tutela de urgência para exclusão do seu nome junto as empresas de negativação; (b) pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor; (c) que seja declarada inexistente o débito inscrito no valor de R$ R$ 46.152,99 (quarenta e seis mil cento e cinquenta e dois reais e noventa e nove centavos); (d) pela condenação do requerido em danos morais que arbitra no importe de R$ 15.000,00. Inicial instruída com documentos (fls. 13/17). Recebida a inicial, foi deferida a justiça gratuita, bem como a tutela provisória (fls. 18/19). Devidamente citada, a parte ré apresentou contestação (fls.24/33). Preliminarmente aduz ilegitimidade passiva. No mérito, defende a regularidade da contratação, com descrição do contrato, evidenciando-se ainda que houve o pagamento de 09 parcelas. Rechaça o pedido de danos morais, haja vista que a autora possui anotação negativa preexistente. Destarte, pugna pelo (a) reconhecimento da ilegitimidade passiva da parte ré, e caso superada, a ação seja julgada improcedente. Juntou documentos (fls. 34/192). Réplica às fls.196/203. Instadas a especificarem provas a produzir, a parte autora requereu perícia grafotécnica, enquanto a parte ré reiterou os termos da defesa. Designada perícia grafotécnica (fls. 216) a parte requerida manifestou acerca do afastamento da perícia tendo em vista que o contrato foi efetivado por meio digital. A parte apresentou manifestação declarando que o telefone do contrato pertence ao neto, pugnando pela designação de audiência e expedição de ofícios (fls. 255/257). A parte requerida informou o cumprimento da tutela provisória (fls. 258/261). Sem novos requerimentos, vieram conclusos para sentença. É O RELATÓRIO.*".

A r. sentença julgou improcedente a ação. Consta do dispositivo: "*Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos iniciais da autora, resolvendo o mérito, com base no art. 487, inciso I, do CPC. REVOGO a tutela provisória anteriormente concedida (fls. 18/19). Servirá esta como OFÍCIO AOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. Sucumbente, condeno a parte autora a pagar as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §2º do CPC, observada a gratuidade judiciária concedida à autora (art. 98, §3º do CPC). Na*

Acesso ao Sumário

hipótese de interposição de apelação, tendo em vista a sistemática estabelecida pelo CPC - que extinguiu o juízo de admissibilidade a ser exercido pelo juízo a quo (art. 1.010 do CPC) -, sem nova conclusão, intime-se a parte contrária para que ofereça resposta no prazo de 15 (quinze) dias. Havendo recurso adesivo, também deve ser intimada a parte contrária para oferecer contrarrazões. Após, remetam-se os autos à superior instância. Preteridos os demais argumentos, por incompatíveis com a linha de raciocínio adotada, ficam as partes advertidas de que a oposição de embargos fora das hipóteses legais e/ou com postulação meramente infringente poderá levar à imposição de multa. Com o trânsito em julgado, nada mais sendo requerido, arquivem-se observando-se as cautelas e anotações de praxe (art. 1.283 das NSCGJ/TJSP). Publique-se. Intimem-se. Nhandeara,21 de fevereiro de 2024.".

Apela a vencida, alegando que houve cerceamento de defesa decorrente da não realização de provas, sustentando ter sido vítima do próprio neto, existindo várias divergências entre os dados do contrato e também na assinatura do mesmo, solicitando o reconhecimento de cerceamento de defesa ou o provimento do recurso com a procedência do pedido inicial (fls. 274/281).

O recurso foi processado e contrarrazoado (fls. 287/294).

É o relatório.

2:- A fls. 196/203 a autora impugnou expressamente as assinaturas a si atribuídas no instrumento contratual apresentado pela parte ré (fls. 160/171), pleiteando a realização da prova pericial grafotécnica (fls. 208/211), que não se concretizou porquanto a r. sentença entendeu que a contratação, realizada de forma virtual, está devidamente comprovada.

A se confirmar a autenticidade do contrato, a autora teria incorrido nas práticas de litigância de má-fé e de atentado contra a dignidade da Justiça.

No que concerne a alegação da autora de que foi lograda pelo próprio neto, é preciso que se registre que o escopo da lide é a apuração da higidez do contrato descrito na exordial, ou seja, se houve - ou não - a alegada fraude (e não o seu autor), bem como a responsabilidade da instituição financeira ré que, em princípio, é de natureza objetiva.

Acesso ao Sumário

Arguida a falsidade do documento produzido por uma das partes, incidem os artigos 430 a 433, do Código de Processo Civil, devendo a autenticidade do documento ser apurada enquanto questão incidental:

"*Art. 430. A falsidade deve ser suscitada na contestação, na réplica ou no prazo de 15 (quinze) dias, contado a partir da intimação da juntada do documento aos autos.*

Parágrafo único. Uma vez arguida, a falsidade será resolvida como questão incidental, salvo se a parte requerer que o juiz a decida como questão principal, nos termos do inciso II do art. 19.

Art. 431. A parte arguirá a falsidade expondo os motivos em que funda a

sua pretensão e os meios com que provará o alegado.

Art. 432. Depois de ouvida a outra parte no prazo de 15 (quinze) dias, será realizado o exame pericial.

Parágrafo único. Não se procederá ao exame pericial se a parte que produziu o documento concordar em retirá-lo.

Art. 433. A declaração sobre a falsidade do documento, quando suscitada como questão principal, constará da parte dispositiva da sentença e sobre ela incidirá também a autoridade da coisa julgada."

Ocorre que tal providência não foi adotada. Nesse sentido, é muito importante registrar que não se pode estabelecer a preclusão de prova cuja produção sequer foi expressamente determinada pelo juízo de primeiro grau.

Da análise das alegações e documentos trazidos aos autos, extrai-se a absoluta necessidade de se estender a dilação probatória, com o escopo de se apurar a veracidade dos fatos narrados, comprovando-se a autenticidade da assinatura da autora no documento acima descrito.

No que se refere ao documento, faz-se necessário destacar que a assinatura contestada foi colhida eletronicamente e proveniente, em tese, do punho da autora, mostrando-se necessária, portanto, uma perícia mista, qual seja, de natureza grafotécnica e eletrônica-digital.

Assim o é, porquanto a autora além de contestar a divergência da assinatura, aponta divergência quanto ao local da contratação e de outros dados que, em tese, podem inquinar a contratação realizada.

Ora, a apuração da falsidade só pode ser realizada mediante a realização de prova pericial grafotécnica e eletrônica-digital conjuntas, sob o crivo do contraditório, de acordo com o disposto no inciso II, do artigo 429, do Código de Processo Civil, ficando declarada a nulidade da r. sentença e a baixa dos autos ao ofício judicial de origem para tanto:

"*Art. 429. Incumbe o ônus da prova quando:*

[...]

II- se tratar de impugnação da autenticidade, à parte que produziu o documento."

Nesse sentido:

"*Apelação. Contrato bancário. Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com reparação por danos materiais e morais. Descontos indevidos em benefício previdenciário. Alegação de inexistência de relação jurídica. Cerceamento de defesa. Ocorrência. Julgamento antecipado açodado. Autora que impugnou a validade das assinaturas apostas nos contratos de empréstimo. Imprescindível realização de perícia grafotécnica. Reabertura da instrução processual determinada. Anulação, de ofício, da r. sentença*" (TJSP, Apelação Cível 1004683-26.2022.8.26.0541, Rel. Mauro Conti Machado, 16ª Câmara de Direito Privado, j. 25/7/2023).

Acesso ao Sumário

"*Apelação - Ação declaratória c.c indenizatória - Contrato de empréstimo consignado - Sentença de rejeição dos pedidos - Suposta contratação por terceiro, falsário, usurpando a identidade da autora. Cerceamento de defesa. Alegação que se acolhe. Autora que nega a celebração do negócio jurídico e impugna veementemente a autenticidade da assinatura que lhe é atribuída no instrumento contratual. Cenário fazendo de mister a produção de perícia grafotécnica, a cargo do réu, conforme a regra do art. 428, I, do CPC. Consequente anulação da sentença. Autora advertida de que, eventualmente positivada a autenticidade da assinatura, provavelmente será ela responsabilizada como litigante de má-fé. Anotado, ainda, que o eventual acolhimento dos pedidos declaratórios e de restituição de valores implicará a necessidade de a autora restituir o valor eventualmente revertido em seu proveito em função da operação aqui em discussão, mediante compensação. Deram parcial provimento à apelação, para anular a sentença, com observação*" (TJSP, Apelação Cível 1000716-12.2022.8.26.0334, Rel. Ricardo Pessoa de Mello Belli, 19ª Câmara de Direito Privado, j. 27/11/2023).

A propósito do tema, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do REsp. 1.846.649/MA, nos termos do artigo 1.036, do Código de Processo Civil, fixou a seguinte tese, consolidando a questão:

"*RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO PROFERIDO EM IRDR. CONTRATOS BANCÁRIOS. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. DOCUMENTO PARTICULAR. IMPUGNAÇÃO DA AUTENTICIDADE DA ASSINATURA. ÔNUS DA PROVA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.*

1. Para os fins do art. 1.036 do CPC/2015, a tese firmada é a seguinte: "Na hipótese em que o consumidor/autor impugnar a autenticidade da assinatura constante em contrato bancário juntado ao processo pela instituição financeira, caberá a esta o ônus de provar a autenticidade (CPC, arts. 6º, 369 e 429, II)."

2. Julgamento do caso concreto.

2.1. A negativa de prestação jurisdicional não foi demonstrada, pois deficiente sua fundamentação, já que o recorrente não especificou como o acórdão de origem teria se negado a enfrentar questões aduzidas pelas partes, tampouco discorreu sobre as matérias que entendeu por omissas. Aplicação analógica da Súmula 284/STF.

2.2. O acórdão recorrido imputou o ônus probatório à instituição financeira, conforme a tese acima firmada, o que impõe o desprovimento do recurso especial.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, des-

Acesso ao Sumário

providO." (REsp. 1.846.649/MA, Rel. Min. Marco Aurélio Belllizze, j. 24/11/2021).

Por fim, como dito acima, o ônus da produção da prova é da instituição financeira ré, inclusive quanto ao pagamento dos honorários periciais, ressalvando-se que eventual inércia não só implica em preclusão da prova em seu desfavor, mas em análise da lisura de sua alegação de regularidade do contrato.

Acresce-se que, tendo a autora alegado que a fraude teria decorrido de prática ilícita de seu neto que, em tese, se constitui crime de estelionato, fica determinado ao Juízo de origem a expedição de ofício endereçado à autoridade policial competente, com as principais peças do processo, para apuração criminal com relação à pessoa indicada a fls. 279.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para reconhecer-se o cerceamento de defesa, com a anulação da r. sentença, determinando-se a realização de prova pericial grafotécnica e digital-eletrônica, sem prejuízo de outras provas que o Juízo de primeiro grau entenda necessárias para o desate da lide, com determinação de expedição de ofício nos termos acima delineados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1151615-11.2023.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante F.R DIGITAL MARKETING LTDA., é apelado AMAZON SERVIÇOS DE VAREJO DO BRASIL LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO ao recurso e ANULARAM a r. sentença, nos termos deste acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.605)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AFONSO CELSO DA SILVA (Presidente), MARIA SALETE CORRÊA DIAS e PEDRO KODAMA.

São Paulo, 22 de julho de 2024.

AFONSO CELSO DA SILVA, Relator

Ementa: Apelação - Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos materiais - Parte autora que pretende o restabelecimento de sua conta de associado-vendedor junto à plataforma digital requerida e indenização por danos patrimoniais - Sentença de extinção do processo sem resolução do mérito ante a

Acesso ao Sumário

existência de cláusula compromissória arbitral - Contrato de adesão - Ineficácia do compromisso arbitral, mormente diante da ausência de assinatura ou visto especifico do aderente - Inteligência do art. 4º § 2º, da Lei nº 9.307/96 - Precedentes - Extinção afastada, determinando-se o regular prosseguimento do feito. Anulação da sentença determinada; recurso provido para este fim.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela parte autora contra a r. sentença proferida às fls. 317/320, que extinguiu o processo sem resolução do mérito, ante a existência de cláusula compromissória arbitral no contrato firmado entre as partes, nos seguintes termos:

Ante o exposto, JULGO EXTINTO o processo sem julgamento de mérito, art. 485, VI, do CPC.

Pelo princípio da causalidade, competirá ao autor o pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários, ora arbitrados em R$ 1.000,00, art. 85, § 8 do CPC.

Alega o apelante, em síntese, ter sido sua conta junto à plataforma de vendas do requerido cancelada sem qualquer prévia notificação ou justificativa, retendo indevidamente suas comissões existentes. Adverte que se trata de contrato de adesão, não se conhecendo as cláusulas específicas nele previstas, sendo certo que a ausência de concordância expressa em relação a cláusula que implique renúncia antecipada a direitos deve ser considerada nula. Assevera, assim, que a ausência de anuência específica à cláusula de compromisso arbitral é ineficaz, razão pela qual deve ser anulada a r. sentença. Pugna pela anulação da r. sentença com a concessão da tutela antecipada para imediata reativação da sua conta.

Recurso tempestivo e preparado (fls. 350/351).

Foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

Cuida-se, na origem, de ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos materiais em que a parte autora busca a reativação de sua conta de associado junto à plataforma de vendas do requerido, alegando ter sido arbitrariamente excluído, sem qualquer notificação prévia ou justificativa, tendo sido, ainda, retidos os valores de comissão existentes.

Citado, o requerido contestou o feito (fls. 169/195), réplica à fls. 268/299; após, foi sentenciado o feito.

Anote-se, inicialmente, ser inaplicável à hipótese dos autos as disposi-

Acesso ao Sumário

ções do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), uma vez que a lide tem como escopo o contrato de prestação de serviços travado pela autora (recorrente) no intuito de exercer sua atividade comercial, através de divulgação de produtos vendidos na plataforma do requerido, pelo qual recebe comissões pelas vendas, ou seja, não é consumidor final (artigo 2º), assim, não há inversão do ônus probatório ou hipossuficiência.

Contudo, trata-se de contrato de adesão, prevendo cláusula compromissória arbitral (fls. 232), atraindo a aplicação do disposto no artigo 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996 que dispõe, *in verbis*:

> *"Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula."*

Na hipótese, tem-se que a cláusula de arbitragem foi unilateralmente inserida no termo pela Amazon Serviços de Varejo do Brasil Limitada, inexistindo qualquer anuência específica do aderente.

Assim, a cláusula posta no contrato não atende aos requisitos exigidos pela legislação, pois não há o destaque adequado; e, não há documento anexo escrito, com expressa manifestação de vontade por parte do aderente, do que decorre a ineficácia da referida cláusula.

Nesse sentido:

> *AÇÃO MONITÓRIA. Extinção do processo sem resolução de mérito, ante o reconhecimento da incompetência do juízo, nos termos do artigo 485, VII, do Código de Processo Civil. Apelo da autora. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. Contrato de credenciamento à rede Sindplus Card celebrado livremente entre as partes. Possibilidade de relativização do "pacta sunt servanda", ante a existência de abusividade na cláusula contratual, nos termos do artigo 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor. Contrato de adesão. Necessidade de documento em apartado ou em negrito, a comprovar expresso conhecimento e concordância da autora com a cláusula arbitral. Aplicabilidade do artigo 4º, §2º, da Lei nº 9.307/96. Sentença anulada. Apelação provida.* (TJSP - Apelação Cível 1003999-23.2022.8.26.0082 - Rel. JAIRO BRAZIL - 15ª Câmara de Direito Privado - J. em 30/04/2024)

> *APELAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PLATAFORMA DE COMÉRCIO ELETRÔNICO AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. RESPEITÁVEL SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO QUE RECONHECEU A INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO, EM RAZÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL. CONTRATO DE ADE-*

Acesso ao Sumário

SÃO. NULIDADE DO COMPROMISSO ARBITRAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO QUE NÃO PODE SUBSISTIR. RETORNO DOS AUTOS À VARA DE ORIGEM PARA REGULAR PROSSEGUIMENTO. TEORIA DA CAUSA MADURA NÃO CARACTERIZADA. RECURSO PROVIDO. (TJSP - Apelação Cível 1124918-21.2021.8.26.0100 - Rel. Dario Gayoso - 27ª Câmara de Direito Privado - J. em 12/12/2023)

Apelação Cìvel. Ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por danos morais. Sentença terminativa. Apelo da autora. Ineficácia da cláusula compromissória incluída em contrato de adesão sem a assinatura ou visto destinada especialmente a tal disposição pela aderente - Inteligência do art. 4º, §2º, da Lei de Arbitragem. Extinção afastada. Prosseguimento no julgamento do mérito, nos termos do art. 1.013,§ 3º, inciso I do CPC. É incontroversa a existência de saldo de vendas relativo a empresa extinta de titularidade da autora. Ré que não trouxe qualquer óbice ao levantamento dos valores. Reconhecimento da procedência do pedido para determinar que a ré proceda a liberação/pagamento do saldo existente na conta da empresa encerrada, em favor da autora, única sócia responsável pela empresa. Danos morais não evidenciados. Recurso parcialmente provido. (TJSP - Apelação Cível 1071186-91.2022.8.26.0100 - Rel. Morais Pucci - 26ª Câmara de Direito Privado - J. em 29/09/2023)

Apelação. Ação de obrigação de fazer. Extinção do feito, sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 485, inciso VII, do Código de Processo Civil. Sentença que não pode substituir. Contrato celebrado entre as partes contendo cláusula compromissória. Princípio da competência- competência (kompetenz-kompetenz) que não deve ser ignorado. Porém, tal princípio pode ser flexibilizado diante de "cláusulas patológicas". Possibilidade de apreciação e declaração de nulidade, pela Justiça Estatal, mesmo antes da Justiça Arbitral. Entendimento doutrinário e jurisprudencial. Precedentes do C. STJ e deste E. TJSP. Cláusula compromissória que viola a regra do artigo 4º, §2º, da Lei nº 9.307/96 (Lei da Arbitragem). Declaração de nulidade de tal cláusula que é medida de rigor. Sentença reformada, para afastar a extinção do processo sem apreciação do mérito. Causa madura para julgamento. Vendas efetuadas pela autora por meio da plataforma de vendas disponibilizada pela ré. Bloqueio de valores, por parte desta, em razão de supostas irregularidades verificadas. Constrição que se mostrou indevida. Ré que não se desincumbiu do ônus de demonstrar, concretamente, quais foram os fatos ensejadores do bloqueio. Inteligência do artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil. Condenação da ré a restituir à autora os valores indevidamente retidos e que são objeto desta demanda. Sentença reformada.

Acesso ao Sumário

Mérito da demanda julgado procedente. Recurso provido. (TJSP - Apelação Cível 1014392-84.2021.8.26.0100 - Rel. Ana Lucia Romanhole Martucci - 33ª Câmara de Direito Privado - J. em 08/11/2021)

Assim, reconhecida a ineficácia da cláusula compromissória arbitral, impõe-se a anulação da r. sentença, com o retorno dos autos à origem e regular prosseguimento do feito.

Cumpre observar que não pode ser aplicado, *in casu*, o art. 1.013, §3º, III, do novo Código de Processo Civil, pois a causa não está madura para julgamento, eis que, envolvendo o debate questão contratual, pode se fazer necessária dilação probatória para dirimir eventual controvérsia, notadamente acerca da existência ou não de justa causa para exclusão da parte autora do programa de associados, bem como acerca da existência ou não de comissões anteriores pendentes de liberação.

Por fim, consigne-se que para acesso às instâncias extraordinárias, desnecessária a expressa menção a todos os preceitos legais deduzidos pelas partes, sendo pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "*tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais bastando que a questão posta tenha sido decidida*" (ED em RMS nº 18205-SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 18/04/2006).

Diante do exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso e **ANULO** a r. sentença, nos termos deste acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010288-81.2023.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é parte recorrente Efigênia de Fátima Rodrigues Justiça Gratuita, Maria de Jesus Rodrigues Justiça Gratuita, é a parte recorrida Rodrigo Rodrigues de Souza, Ângela Rodrigues de Souza, Angelica de Souza.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20469)**

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

São Paulo, 22 de julho de 2024.

JAIR DE SOUZA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. Ação declaratória de propriedade. Insurgência em face da improcedência do pedido. Reforma impertinente. Parte autora que alega ter adquirido, em conjunto com o irmão falecido, genitor dos apelados, o imóvel em questão, tendo sido colocado em nome do irmão apenas pelos costumes da época, já que ele era o único homem da família. Ausência de provas quanto ao dispêndio de valores com a aquisição do terreno ou construção. Ausência sequer de menção quanto aos valores da negociação ou parcela de contribuição das requerentes. Contas de consumo e gastos com reformas que não é suficiente para comprovar a copropriedade. Circunstâncias que indicam que a permanência das autoras no imóvel se deu pelo vínculo de parentesco, e que se assemelha a comodato. Preliminar de cerceamento de defesa. Afastada. Parte que pleiteou genericamente pela produção de prova testemunhal apenas na exordial. Determinada a especificação de provas, a parte recorrente quedou-se inerte. Litigância de má-fé pleiteada em sede de contrarrazões. Afastada. Argumentos externados pelo recorrente que implicam em efetiva defesa de seus direitos. Eventuais excessos e alegada má-fé não detectados. Sentença mantida. Adoção do art. 252 do RITJ. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 419/423, que julgou improcedente em parte o pedido formulado pela parte então autora, consistente em síntese na declaração de propriedade em favor das requerentes.

R. sentença cujo dispositivo se colaciona a seguir:

"Posto isso, julgo IMPROCEDENTE o pedido formulado por EFIGÊNIA DE FÁTIMA RODRIGUES e MARIA DE JESUS RODRIGUES nesta ação ajuizada contra RODRIGO RODRIGUES DE SOUZA, ÂNGELA RODRIGUES DE SOUZA e ANGÉLICA DE SOUZA. Em consequência, revogo a tutela de urgência deferida a fls. 207/210.

Em razão da sucumbência, os as autoras pagarão as custas e despesas processuais, bem como os honorários advocatícios do patrono dos réus, fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do art. 85, parágrafo 2º do Código de Processo Civil, com a observância do

Acesso ao Sumário

beneficio da justiça gratuita concedido a elas. Anote-se que a interposição de embargos de declaração manifestamente protelatórios (inclusive voltados à mera rediscussão do julgado) poderá dar ensejo à aplicação da multa prevista no artigo 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil.

Interposto recurso de apelação, dê-se vista à(s) parte(s) recorrida(s) para contrarrazões. Certifiquem, se necessário, a respeito do valor do preparo e da quantia efetivamente recolhida (NSCGJ., art. 102, VI), observado o valor da causa como base de cálculo. Procedam à vinculação do uso do documento ao número do processo (NSCGJ. art.1093, parágrafo 6º), reservada à instância superior a apreciação de eventuais irregularidades. Após, independente de juízo de admissibilidade, remetam-se os autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos termos do art. 1.010, § 3º, do Código de Processo Civil. P. I.".

No presente instante, inconformada, a parte recorrente aduz, preliminarmente, pelo reconhecimento da nulidade da r. sentença, uma vez que o Nobre Julgador indeferiu os pedidos alegando falta de provas suficientes, porém, em contrapartida, não prosseguiu com o agendamento de audiência para oitiva de testemunhas, conforme requerido na exordial

No mérito, aduz que: i) as requerentes, sua genitora e seu falecido irmão, genitor dos recorridos, adquiriam o terreno e depois construíram juntos o imóvel ao longo de anos; ii) apesar da genitora dispor de excelente saúde e discernimento à época, a escritura pública foi elaborada apenas em nome de José Benedito Rodrigues, genitor dos recorridos, pois se tratava de costume naquele tempo, já que era o "homem da família"; iii) José Benedito mudou-se do local e retornou somente em 2017, por questões de saúde, decidindo por construir uma espaço no fundo do terreno para residir, onde permaneceu até seu falecimento; iv) desde a aquisição do terreno e posterior levantamento da propriedade, as apelantes sempre arcaram com todos os custos do imóvel, o que seguem fazendo até atualidade; vi) foi feito o pagamento do asfalto em titularidade de Maria, de materiais de construção em titularidade de Efigênia, do IPTU, da conta de água em titularidade de Maria, da energia elétrica em titularidade de Dona Oscarina, entre diversos outros gastos que se consolidaram como necessários ao longo dos anos; vii) percebe-se que nem as apelantes, nem a genitora, foram registradas como proprietárias do imóvel exclusivamente pelo fato da legislação da época assim dispor (fls. 426/434).

Recurso tempestivo e sem preparo (gratuidade judiciária - fls. 152).

A parte recorrida apresentou contrarrazões requerendo a manutenção da sentença, pelos seguintes fundamentos: i) embora devidamente intimadas, por meio de sua advogada constituída, as apelantes quedaram-se inertes, não especificando as provas que pretendiam produzir; ii) por não conseguir efetivamente comprovar a sua copropriedade do imóvel objeto da lide, as apelantes tentam a

Acesso ao Sumário

todo custo macular a reputação dos apelados, bem como desviar o verdadeiro foco do processo; iii) não se pode simplesmente presumir que o imóvel teria sido adquirido pelo falecido e por suas irmãs, sob a frágil argumentação de que a lei outrora em vigência assim exigia; iv) o imóvel foi adquirido exclusivamente pelo falecido José Benedito Rodrigues, o qual permitiu que a sua mãe e as suas irmãs, ora apelantes, residissem no local, mediante contrato de comodato; v) as apelantes nunca se comportaram como se donas do imóvel fossem, deixando de efetuar até mesmo o pagamento do IPTU, permitindo que o imóvel fosse penhorado em razão da existência de dívida fiscal; vi) a ocupação que se deu por simples permissão do falecido proprietário, o que não induz sequer a posse, mas mera detenção; vii) litigância de má-fé, uma vez que o recurso de apelação foi interposto com intuito manifestamente protelatório (fls. 438/451).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

O recurso está formalmente em ordem.

É o relatório.

O recurso **NÃO** merece **PROVIMENTO**.

A r. sentença deve ser mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Inicialmente, a preliminar de cerceamento de defesa deve ser AFASTADA. Isso porque, embora pleiteada de forma genérica a produção de prova testemunhal na petição inicial, tem-se que quando determinada a especificação de provas (fls. 381), a parte autora quedou-se inerte (fls. 407).

Assim, não o tendo feito no momento oportuno, não pode a parte recorrente alegar cerceamento de defesa em fase recursal.

Dito isso, em que pese a argumentação da parte apelante, a r. sentença demonstra-se suficientemente fundamentada, aqui também adotada como razão de decidir, nos termos do art. 252 do Regimento Interno do TJ/SP.

Na Seção de Direito Privado desta Corte, o art. 252 do Regimento Interno do TJ/SP tem sido reiteradamente utilizado por esta Câmara, que prevê em seu texto a possibilidade de ratificação dos fundamentos da decisão recorrida, em que possui motivação suficiente, conforme segue:

> Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la.

Aliás, este dispositivo regimental tem sido aplicado para dar concretude à garantia constitucional da tutela jurisdicional célere, previsto no art. 5º, LXXVIII, da CF.

Ademais, o C. STJ tem prestigiado este entendimento ao reconhecer a possibilidade da ratificação do juízo de valor firmado em sentença, transcrevendo-a em acórdão. (REsp n° 662.272-RS, 2ª Turma, Rel.Min. João Otávio de Noronha, j. de 4.9.2007; REsp n° 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira,

Acesso ao Sumário

j. de 21.11.2005; REsp n° 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2004 e REsp n° 265.534- DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j de 1.12.2003).

Ressalta-se o seguinte trecho da r. sentença, em que se demonstra suficientemente motivada:

> "Nos termos do art. 1.231 do Código Civil, "a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário".
>
> Incontroverso que consta apenas José Benedito Rodrigues como proprietário do imóvel no contrato de compromisso de compra e venda (fls. 260/265), bem como perante o órgão público (fls. 35).
>
> Assim, caberia às autoras comprovar a alegada copropriedade ou algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos herdeiros dele, aqui réus, ônus do qual não se desincumbiram, nos termos do art. 373, inciso II do Código de Processo Civil.
>
> Conquanto elas aleguem que "todos os custos das parcelas do pagamento do terreno e obra recaíram inteiramente sobre a Sra. Oscarina e seus filhos, Efigênia, Maria e José Benedito, rateavam todas as despesas" (fls. 04), não apresentaram qualquer prova nesse sentido. Ademais, causa estranheza não terem sequer mencionado na inicial o preço ajustado na época, total ou mesmo a parcela que lhes cabia. Não se olvida, ainda, que as despesas e tributos incidentes sobre o imóvel, além de gastos com conservação e manutenção, são próprias da fruição do bem e de responsabilidade do ocupante.
>
> Assim, o fato das contas de consumo e gastos com reformas estarem em nome das autoras não é suficiente para alcançar a convicção da alegada existência de copropriedade do imóvel. (...) Importante salientar que, mesmo ciente da penhora do imóvel deferida na ação de execução fiscal ajuizada contra José Benedito Rodrigues, em razão de débito tributário (fls. 302), a coautora Maria de Jesus nada fez para preservar o bem ou sua suposta quota-parte, o que contradiz sua alegação de usufruí-lo como se proprietária fosse. O corréu Rodrigo, por outro lado, assumiu a dívida tributária em nome de seu genitor, conforme se vê na confissão de fls. 294/296. Ressalto, ainda, que a declaração dos confrontantes, de que as autoras "exercem a posse do imóvel como se proprietárias fossem assim como José Benedito Rodrigues" (fls. 100/101), também não se presta para comprovar a copropriedade, pois, além de não ter sido confirmada em juízo, eles não presenciaram a aquisição do bem. A prova dos autos indica que, na verdade, as autoras permaneceram no imóvel em virtude do parentesco com o proprietário, o que se assemelha ao comodato apontado na contestação. Não comprovada, portanto, a copropriedade do imóvel pelas autoras, de rigor a improcedência do pedido inicial".

Acesso ao Sumário

Em complemento, tem-se que não vinga a alegação das recorrentes, desprovida de provas, de que se deu a aquisição em nome do falecido irmão apenas pelo fato dele ser homem e pelos costumes da época.

Isso porque não se tratava de relação matrimonial entre as partes, na qual de fato havia uma prevalência do homem quando comparado aos direitos exercidos pelas mulheres.

No mais, não há quaisquer provas quanto ao contrato firmado para aquisição do terreno, não havendo indicação de valores e/ou parcelas de contribuição de cada uma.

Assim, não havendo indícios mínimos que indiquem a copropriedade, deve-se considerar que houve apenas um comodato entre as partes.

No mais, comporta rejeição o pedido de reconhecimento de litigância de má-fé formulado pela parte recorrida, eis que fundado em alegações proferidas no curso do debate, argumentos que em sua essência são resultado da aplicação do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e pela via reflexa: consequentes lógicos do exercício do contraditório e da ampla defesa.

Negada a imposição deste tipo de penalidade por estes motivos.

Destarte, o recurso de apelação deve ser DESPROVIDO, mantendo-se a r. sentença pelos seus próprios fundamentos pelos ora acostados.

No tocante aos honorários advocatícios sucumbenciais, cabível a sua majoração, nos termos do art. 85, §11, do CPC, em razão do trabalho adicional realizado em grau recursal, sendo que o percentual deve ser majorado de 10% para 12% do referencial estabelecido na r. sentença, observada a gratuidade judiciária.

Diante do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENT**O ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006420-29.2022.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FLORISA ROSA DA SILVA PINTO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO ITAÚ CONSIGNADO S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29122)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente sem voto), TAVARES DE ALMEIDA e JORGE TOSTA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 23 de julho de 2024.
EURÍPEDES FAIM, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. INDENIZATÓRIA - EMPRÉSTIMO CONSIGNADO - DESCONTOS NO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DA AUTORA. Sentença que julgou parcialmente procedente a ação - Recurso interposto pela autora.

REPETIÇÃO DO INDÉBITO - Sentença que reconheceu a inexistência do suposto contrato de empréstimo entre as partes e, assim, condenou o réu a indenizar a autora pelos descontos indevidos em seu benefício previdenciário, de forma simples - Pleito da autora pela repetição em dobro, na forma do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor - Conforme tese fixada pelo E. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do EAREsp n. 600.663/RS, a obrigação de repetição em dobro se aplica quando a conduta do fornecedor for contrária à boa-fé objetiva, independentemente de dolo, culpa ou má-fé - Modulação dos efeitos do julgado para que a repetição em dobro nos moldes decididos seja aplicada apenas às cobranças efetuadas após a publicação do v. acórdão, ocorrida em 30/03/2021.

No caso, a conduta da instituição financeira violou a boa-fé objetiva ao deixar de oferecer a segurança esperada dos serviços bancários e proceder ao desconto de valores indevidos do benefício previdenciário do autor - Descontos que tiveram início em 01/11/2020 e se encerrariam 01/10/2027 (fls. 44) - Assim, a repetição em dobro deve se aplicar apenas para as cobranças efetuadas a partir de 31/03/2021, aplicando-se a repetição simples quanto às cobranças anteriores - Precedentes desta C. Câmara em casos análogos - Sentença parcialmente reformada nesse ponto.

DANO MORAL - INOCORRÊNCIA - Valor do empréstimo efetivamente depositado na conta da autora, que não foi privada do necessário à sua subsistência - Ausência, ademais, de indícios de que tenha ocorrido a negativação do nome da autora ou qualquer outra

Acesso ao Sumário

situação que lhe pudesse ter causado sofrimento, vexame ou humilhação - Inexistência de dano moral a ser indenizado - Precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça e desta C. Câmara em casos semelhantes - Sentença mantida nesse ponto.

MÁ-FÉ - INOCORRÊNCIA - Impossibilidade de condenação do réu ao pagamento de multa por litigância de má-fé, ante a ausência de verificação de conduta dolosa no sentido de alterar a verdade dos fatos - Precedentes desta C. Câmara em casos semelhantes - Sentença mantida nesse ponto.

Sentença reformada em parte, somente para que os valores indevidamente descontados da autora a partir de 31/03/2021 sejam repetidos de forma dobrada, mantida a repetição simples para os descontos anteriores - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **FLORISA ROSA DA SILVA PINTO** contra a r. sentença de fls. 397/400, cujo relatório se adota e que julgou parcialmente procedente a ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenizatória ajuizada contra **BANCO ITAU CONSIGNADO S.A.** a fim de declarar inexistente o contrato mencionado na petição inicial e condenar o réu a restituir à autora os valores indevidamente descontados, de forma simples, permitida a compensação com o valor creditado em seu favor. O d. Juízo *a quo*, ademais, entendeu não estar caracterizado o dano moral. Ante a sucumbência recíproca, condenou cada uma das partes ao pagamento de metade das custas e despesas processuais, bem como ao pagamento dos honorários advocatícios da parte adversa, fixados em 15% do valor pretendido a título de indenização por dano moral, quanto ao montante devido ao procurador do réu, e 10% do valor da causa, quanto ao montante devido ao procurador da autora.

Nas razões de apelação (fls. 415/441), a autora alega que, verificada a falsidade da assinatura da autora constante no contrato supostamente celebrado junto ao réu, este deve ser condenado ao pagamento de multa por litigância de má-fé. Defende a existência de dano moral a ser indenizado, tendo em vista que os descontos indevidos em seu benefício previdenciário lhe privaram de parte do valor utilizado para o custeio de suas necessidades básicas, gerando desgaste emocional. Afirma ser devida a repetição em dobro dos valores indevidamente descontados, nos termos do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

As contrarrazões vieram (fls. 452/463).

Acesso ao Sumário

Este é o relatório.

Passa-se a analisar o recurso.

DA REPETIÇÃO DO INDÉBITO.

O objeto da discussão no caso é a contratação de empréstimo consignado em nome da autora junto ao banco réu, operação que a autora alega desconhecer.

Observa-se que a r. sentença reconheceu a inexistência do suposto contrato entre as partes e, assim, condenou o réu à devolução dos valores descontados da autora, na forma simples.

Quanto a essa repetição, dispõe o artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 42, parágrafo único. O **consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro** do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, **salvo hipótese de engano justificável**. (grifo nosso)

Destaca-se que a obrigação de repetição em dobro, nos termos do referido dispositivo, se aplica quando a conduta for contrária à boa-fé objetiva, independentemente de dolo, culpa ou má-fé por parte do fornecedor, conforme tese fixada pelo E. Superior Tribunal de Justiça.

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. HERMENÊUTICA DAS NORMAS DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. **DEVOLUÇÃO EM DOBRO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 42 DO CDC. REQUISITO SUBJETIVO. DOLO/MÁ-FÉ OU CULPA. IRRELEVÂNCIA. PREVALÊNCIA DO CRITÉRIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.** MODULAÇÃO DE EFEITOS PARCIALMENTE APLICADA. ART. 927, § 3º, DO CPC/2015. IDENTIFICAÇÃO DA CONTROVÉRSIA 1. Trata-se de Embargos de Divergência que apontam dissídio entre a Primeira e a Segunda Seções do STJ acerca da exegese do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor - CDC. A divergência refere-se especificamente à necessidade de elemento subjetivo para fins de caracterização do dever de restituição em dobro da quantia cobrada indevidamente. [...] TESE FINAL 28. Com essas considerações, conhece-se dos Embargos de Divergência para, no mérito, fixar-se a seguinte tese: **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**. MODULAÇÃO DOS EFEITOS 29. 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**. [...] 31. Embargos de Divergência providos. (EAREsp n. 600.663/RS, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, relator para acórdão Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, julgado em

Acesso ao Sumário

21/10/2020, DJe de 30/3/2021.) (grifo nosso)

Como se vê na ementa transcrita acima, houve modulação dos efeitos do julgado para que a repetição em dobro seja aplicada apenas às cobranças efetuadas após a publicação do v. acórdão, ocorrida em 30/03/2021.

No caso, os descontos discutidos tiveram início em 01/11/2020 e se encerrariam 01/10/2027 (fls. 44).

Assim, a repetição em dobro deve se aplicar apenas para as cobranças efetuadas a partir de 31/03/2021, aplicando-se a repetição simples quanto às cobranças anteriores, ante a ausência de demonstração de má-fé por parte do réu.

Com efeito, esta C. Câmara tem decidido no mesmo sentido em casos análogos:

> PRELIMINAR - Ofensa ao princípio da dialeticidade - Rejeição. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE CONTRATOS C.C. OBRIGAÇÃO DE FAZER E REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - Primeira sentença anulada - Prolação de nova sentença julgando procedentes os pedidos - **Réu que não logrou comprovar a regularidade da contratação dos dois empréstimos mencionados na inicial pela autora - Declaração de inexistência das relações contratuais** e dos respectivos débitos de rigor - **Repetição do indébito que deverá ser simples para os descontos havidos antes da publicação do aresto do EAREsp 676.608/RS e, em dobro, para aqueles ocorridos posteriormente** - [...] Recurso do banco réu parcialmente provido.(TJSP; Apelação Cível 1004499-07.2021.8.26.0541; Relator (a): Lígia Araújo Bisogni; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santa Fé do Sul - 2ª Vara; Data do Julgamento: 03/06/2024; Data de Registro: 03/06/2024) (grifo nosso)
>
> Empréstimo consignado [...]. **Empréstimo consignado** - Repetição do indébito - STJ que decidiu que **a restituição em dobro do indébito, prevista no parágrafo único do art. 42 do CDC, independe da natureza do elemento volitivo do fornecedor que cobrou valor indevido, revelando-se cabível quando a cobrança imerecida consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva** - Pronunciamentos atuais do STJ que se aplicam ao caso em tela - Efeitos desses precedentes que foram modulados para que a **restituição em dobro do indébito seja aplicada apenas a cobranças efetuadas após a data da publicação dos respectivos acórdãos, ocorrida em 30.3.2021** - [...] Apelo da autora provido em parte. (TJSP; Apelação Cível 1015941-85.2022.8.26.0071; Relator (a): José Marcos Marrone; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bauru - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/05/2024; Data de Registro: 29/05/2024) (grifo nosso)

Com isso, a r. sentença deve ser parcialmente reformada nesse ponto, somente para que a repetição dos valores cobrados após 30/03/2021 se dê na forma dobrada, mantida a repetição em simples para as cobranças anteriores.

DO DANO MORAL.

Acesso ao Sumário

Observa-se que o réu comprovou a efetiva disponibilização do valor supostamente emprestado na conta da autora (fls. 174).

Assim, embora os valores tenham sido indevidamente descontados do benefício previdenciário da autora, não se verifica a ocorrência de ofensa a direito da personalidade, na medida em que a autora não foi privada do necessário à sua subsistência, ante a disponibilização de saldo em sua conta de valor considerável.

Ademais, não há indício de que tenha ocorrido a negativação do nome da autora ou qualquer outra situação que pudesse ter lhe causado sofrimento, vexame ou humilhação.

Com isso, não se verifica dano moral a ser indenizado, como tem decidido o E. Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. INDENIZAÇÃO. **FRAUDE BANCÁRIA. CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS**. ALEGAÇÃO DE OFENSA À SÚMULA N. 479 DO STJ. SÚMULA N. 518 DO STJ. INCIDÊNCIA. **DESCONTO INDEVIDO** EM CONTA BANCÁRIA. **[...] DANO MORAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DANO SOFRIDO.** [...] 2. **"A fraude bancária, ensejadora da contratação de empréstimo consignado, por si só, não é suficiente para configurar o dano moral, havendo necessidade de estar aliada a circunstâncias agravantes**" (AgInt no AREsp n. 2.157.547/SC, Quarta Turma). [...] 6. Agravo interno desprovido. (STJ, AgInt no AREsp n. 2.409.085/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 11/12/2023, DJe de 15/12/2023.) (grifo nosso)
>
> No mesmo sentido precedentes desta C. Câmara em casos semelhantes:
>
> Declaratória de inexigibilidade de débito - Empréstimo consignado - Empréstimo não reconhecido pela autora - **Dano moral - Contratação fraudulenta ou desconto indevido efetuado no benefício previdenciário da autora, que, por si só, não configura dano moral puro** - Precedentes do STJ - **Autora que permaneceu com o valor objeto do empréstimo consignado - Autora que não demonstrou que tivesse derivado dos aludidos descontos qualquer desdobramento que representasse vexame, sofrimento ou humilhação passível de reparação - Condenação do banco réu no pagamento de indenização afastada** - Sentença reformada nesse ponto [...] - Apelo da autora provido em parte. (TJSP; Apelação Cível 1012745-38.2022.8.26.0482; Relator (a): José Marcos Marrone; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Presidente Prudente - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/05/2024; Data de Registro: 16/05/2024) (grifo nosso)
>
> AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM INDENIZATÓRIA - **EMPRÉSTIMO CONSIGNADO** - RÉU - REGULARIDADE - NÃO COMPROVAÇÃO - ÔNUS DA PROVA - INTELIGÊNCIA DO ART. 429, II, DO CPC E TEMA 1061 DO STJ - NÃO DESINCUMBÊNCIA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - ART. 14 DO CDC E SÚMULA 479 DO STJ. AUTOR - **DANO**

Acesso ao Sumário

MORAL - DESCARACTERIZAÇÃO - FATO - AUSÊNCIA DE OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE - NÃO AFETAÇÃO DO NOME OU DA IMAGEM. [...] APELOS DO AUTOR E DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDOS.

(TJSP; APELAÇÃO CÍVEL 1008919-80.2023.8.26.0510; RELATOR (A): TAVARES DE ALMEIDA; ÓRGÃO JULGADOR: 23ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO; FORO DE RIO CLARO - 2ª VARA CÍVEL; DATA DO JULGAMENTO: 05/06/2024; DATA DE REGISTRO: 05/06/2024) (grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA E INDENIZATÓRIA. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. **CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO**. Sentença de parcial procedência. Irresignação das partes. Alegação de efetiva contratação do empréstimo consignado. Descabimento. Ausência de verossimilhança das alegações do réu. Não desincumbência do ônus estampado nos arts. 373, II, e 429, II, do CPC. Tese firmada em Recurso Repetitivo Representativo de Controvérsia nº 1.846.649/MA (TEMA 1.061). Correta declaração de inexistência da relação jurídica. [...] **Dano moral não configurado. Inexistência de negativação do nome da autora. Compensação do crédito já lançada em sua conta corrente.** Sentença mantida, com majoração da verba honorária de sucumbência. RECURSOS NÃO PROVIDOS. (TJSP; Apelação Cível 1022029-40.2022.8.26.0007; Relator (a): Fátima Gomes; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VII - Itaquera - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/06/2024; Data de Registro: 05/06/2024) (grifo nosso)

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - **Empréstimo consignado não reconhecido pela autora** - Sentença de parcial procedência na origem - Necessidade de perícia grafotécnica para comprovação da autenticidade da firma aposta no instrumento - Ônus daquele que produziu o documento - Inteligência do art. 429, inciso II, do CPC - Prova pericial que concluiu que as assinaturas constantes do instrumento não partiram do punho da autora - **Inexistência de relação jurídica entre as partes quanto ao contrato em discussão - Danos morais não caracterizados -** [...] Recurso provido, em parte, com observação. (TJSP; Apelação Cível 1007018-36.2022.8.26.0438; Relator (a): Lígia Araújo Bisogni; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Penápolis - 3ª Vara; Data do Julgamento: 07/06/2024; Data de Registro: 07/06/2024) (grifo nosso)

Assim, a r. sentença deve ser mantida nesse ponto.

DA COMPENSAÇÃO.

Reconhecida a inexistência de relação jurídica entre as partes, como consequência lógica, é devida a devolução dos valores comprovadamente creditados na conta da autora, sob pena de enriquecimento ilícito.

Assim, deve ser admitida a compensação entre esses valores e aqueles a

Acesso ao Sumário

cujo pagamento o réu foi condenado, na forma do artigo 368 do Código Civil:

> Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.

Destaca-se que, por se tratar de decorrência lógica da declaração de inexistência do suposto contrato de empréstimo, a determinação de devolução dos valores, com a faculdade de compensação, independe de pedido do réu nesse sentido em sede de reconvenção, como vem decidindo esta C. Câmara:

> Fraude bancária - Empréstimo consignado - [...] **Determinada a compensação entre valores a serem restituídos à autora e aqueles recebidos por ela em razão do empréstimo fraudulento - Alegada decisão "extra petita" - Descabimento - Devolução dos valores recebidos em razão do contrato impugnado que constitui consequência lógica do decreto de sua inexigibilidade - Partes que devem retornar ao estado anterior, sob pena de enriquecimento ilícito por parte da autora** - Sentença mantida - Apelo da autora desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1008906-74.2021.8.26.0438; Relator (a): José Marcos Marrone; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Penápolis - 2ª Vara; Data do Julgamento: 24/04/2024; Data de Registro: 24/04/2024) (grifo nosso)
>
> AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM INDENIZATÓRIA - **EMPRÉSTIMO CONSIGNADO - AUTORA - CONTRATAÇÃO - NÃO RECONHECIMENTO** - SENTENÇA - PEDIDO - ACOLHIMENTO DIANTE DA AUSÊNCIA DE PROVA DA VERACIDADE DA ASSINATURA - DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DO DÉBITO, CONDENAÇÃO DO RÉU À RESTITUIÇÃO DOS VALORES E AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - APELO - AUTORA - **INSURGÊNCIA CONTRA A COMPENSAÇÃO - TESE - RÉU - AUSÊNCIA DE RECONVENÇÃO - IRRELEVÂNCIA APLICAÇÃO DO ART. 368 DO CÓDIGO CIVIL** - EXTRATO BANCÁRIO - INDICAÇÃO DO CRÉDITO EM CONTA - NECESSIDADE DO RESTABELECIMENTO DO ESTADO PATRIMONIAL ANTECEDENTE - SENTENÇA - MANUTENÇÃO. APELO DA AUTORA DESPROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1000033-53.2023.8.26.0232; Relator (a): Tavares de Almeida; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Cesário Lange - Vara Única; Data do Julgamento: 04/07/2023; Data de Registro: 04/07/2023) (grifo nosso)
>
> Apelação Cível. Ação declaratória de nulidade de contrato de cartão de crédito com reserva de margem consignável (RMC) com pedido de indenização por danos morais e materiais. Sentença de procedência. Inconformismo da autora, que pretende a majoração da indenização por danos morais. Alegação de vício extra petita. **Sentença que determinou o desconto de valores creditados** na sua conta, **sem formulação de pedido em reconvenção.** Comprovação da disponibilização dos valores mencionados. Inocorrência do vício alegado. **Declaração de inexistência de relação jurídica que devolve as partes ao *status quo ante*, sendo decorrência lógica, portanto, a compensação dos valores**

Acesso ao Sumário

efetivamente creditados em favor da autora. Dano moral bem fixado, diante do grau do dissabor sofrido. Recurso não provido, com observação. (TJSP; Apelação Cível 1000278-97.2018.8.26.0698; Relator (a): Hélio Nogueira; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Pirangi - Vara Única; Data do Julgamento: 31/01/2023; Data de Registro: 31/01/2023) (grifo nosso)

Com isso, a r. sentença deve ser mantida nesse ponto.

DA MÁ-FÉ.

O Código de Processo Civil assim dispõe:

Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.

A respeito do que se deve considerar má-fé diz o Código de Processo Civil:

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: [...]

II - alterar a verdade dos fatos;

A má-fé pode inclusive ser reconhecida de ofício e a multa deve ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor atualizado da causa:

Código de Processo Civil, art. 81. **De ofício** ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser **superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa**, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

No caso dos autos, a autora pugna pela condenação do réu ao pagamento de multa por litigância de má-fé, diante da constatação de falsificação da sua assinatura no contrato de empréstimo.

Ocorre que não se pode depreender, dos elementos constantes nos autos, a existência de má-fé ou de conduta dolosa por parte do réu no sentido de alterar a verdade dos fatos, de modo que não é cabível a imposição da referida multa.

Nesse sentido, precedentes desta C. Câmara em casos análogos:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - Sentença de procedência - Instituição financeira que não produziu provas aptas a demonstrar que o autor seria o responsável pelo empréstimo tomado - **Prova pericial, ademais, que concluiu que as assinaturas não provieram do punho do autor** - Inexistência de relação jurídica entre as partes - [...] **Litigância de má-fé da instituição requerida não verificada** - Recurso provido, em parte.TJSP; Apelação Cível 1001644-39.2022.8.26.0438; Relator (a): Lígia Araújo Bisogni; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Penápolis - 2ª Vara; Data do Julgamento: 02/04/2024; Data de Registro: 02/04/2024) (grifo nosso)

Apelação Cível. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE NEGÓCIO JURÍDICO CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. **CONTRATO DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO NÃO RECONHE-**

CIDO PELO CONSUMIDOR. FRAUDE NA ASSINATURA DO CONTRATO DEMONSTRADA POR PERÍCIA GRAFOTÉCNICA. DEVOLUÇÃO DOS VALORES NA FORMA DOBRADA. DANO MORAL RECONHECIDO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO BANCO RÉU. CONTRARRAZÕES APRESENTADA COM PRELIMINAR DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE AFASTADA. **NÃO RECONHECIMENTO DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ POR NÃO ESTAR PRESENTE AS HIPÓTESES DO ARTIGO 80 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. RAZÕES RECURSAIS COM ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA PERÍCIA REALIZADA POR AUSÊNCIA DE COLETA DA ASSINATURA DO AUTOR NA PRESENÇA DO PERITO. NULIDADE NÃO DECRETADA 1. [...] RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1000614-89.2021.8.26.0474; Relator (a): Emílio Migliano Neto; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Potirendaba - Vara Única; Data do Julgamento: 10/11/2023; Data de Registro: 10/11/2023) (grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. NEGATIVA DE CONTRATAÇÃO. Sentença que julgou parcialmente procedente o pedido. Recurso de apelação interposto por ambas as partes. [...] **Perícia grafotécnica que concluiu pela falsidade das assinaturas**. Declaração de inexistência do contrato de rigor. [...] **Litigância de má-fé. Descabimento.** [...] Sentença reformada. Recurso da autora provido e do réu desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1000087-10.2021.8.26.0484; Relator (a): Heloísa Mimessi; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Promissão - 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 09/10/2023; Data de Registro: 09/10/2023) (grifo nosso)

Com isso, a r. sentença deve ser parcialmente reformada, somente para que os valores indevidamente descontados da autora a partir de 31/03/2021 sejam repetidos de forma dobrada, mantida a repetição simples para os descontos anteriores.

Por derradeiro, considera-se questionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se jurisprudência consagrada, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que para fins de interposição de recursos extremos às cortes superiores é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida. Bem por essa razão eventuais embargos declaratórios não se prestariam à eventual supressão de falta de referência a dispositivos de lei (STJ, EDcl no RMS 18.205/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 08/05/2006).

Ante o exposto, meu voto propõe que se **CONCEDA PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, nos termos acima.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003055-53.2023.8.26.0642, da Comarca de Ubatuba, em que é apelante ASSOCIAÇÃO JARDIM PRIMAVERA, é apelada ELEONORA NUNES MARIANO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 34321)**

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

São Paulo, 24 de julho de 2024.

MARY GRÜN, Relatora

Ementa: AÇÃO MONITÓRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. Autora que pretende a condenação da ré ao pagamento de valores à título de mensalidades em atraso, em razão de contrato de prestação de serviços educacionais. Sentença de improcedência. Apelo da autora. Revelia da ré que não implica em automática presunção de veracidade da matéria fática, necessitando que a autora demonstre um mínimo de verossimilhança em suas alegações iniciais. Inteligência do art. 345, inciso IV, do Código de Processo Civil. Autora que se limitou a colacionar planilha apócrifa do suposto débito, sem apresentar contrato de prestação de serviços assinado pela ré, requerimento de matrícula ou histórico escolar. Requerente que não se eximiu do ônus processual em demonstrar satisfatoriamente os fatos constitutivos do direito alegado, consistentes na prestação dos serviços educacionais e a existência do débito perseguido. Art. 373, inciso I, do CPC. Necessidade de intimação da autora para apresentação de prova documental suplementar. Descabimento. Dever da requerente em instruir a inicial com todos os documentos em sua posse. Juntada posterior de documentos preexistentes que exige a apresentação de justificativa hábil, o que não ocorreu no caso concreto. Inteligência dos arts. 434, e 435, parágrafo único, do CPC. Ademais, nem mesmo em sede

Acesso ao Sumário

recursal a autora cuidou de juntar os supostos documentos comprobatórios do débito. Improcedência da ação. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de "*AÇÃO DE COBRANÇA*" *(sic)* ajuizada por ASSOCIAÇÃO JARDIM PRIMAVERA em face de ELEONORA NUNES MARIANO.

Regularmente citada, a ré não apresentou contestação (fls. 55).

Dispensada a audiência de conciliação, a r. sentença de fls. 56/58 (disponibilizada no DJe de 16/01/2024 fls. 60) julgou antecipadamente a ação nos seguintes termos:

> *"Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTE a presente ação movida pela ASSOCIAÇÃO JARDIM PRIMAVERA em face de ELEONORA NUNES MARIANO, bem como condeno a autora ao pagamento das custas e demais processuais.*
>
> *Como corolário, JULGO EXTINTO o presente processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I , do Código de Processo Civil."*

Inconformada, apela a autora (fls. 61/ 66).

Alega que "*o Juízo impossibilitou que a apelante juntasse novos elementos a f im de comprovar o débito, requerendo a apelante, a total reforma da decisão, ou pelo menos a oportunidade de apresentar novas provas que conseguiu acessar, que demonstram a verdade dos fatos, notadamente a existência de débito em favor da apelante*".

Sustenta que "*a gestão da instituição de ensino era exercida voluntariamente por um grupo de pais, diferente da gestão atual, sendo possível ao menos tentar conseguir documentos, ou provas testemunhais acessando referido grupo*".

Defende que "*referida possibilidade não fora acionada anteriormente em razão do andamento processual que transcorria, ao menos teoricamente, favorável ao pedido da apelante, inexistindo nos autos decisão no sentido da insuficiência probatória em momento oportuno, qual seja o indeferimento e possibilidade de emenda a inicial*".

Requer o provimento do recurso, para julgar procedente a ação.

Tempestivo, o recurso foi regularmente processado, com as custas de preparo recolhidas às fls. 67/ 68.

A autora não apresentou contrarrazões (fls. 72).

É o relatório.

Trata-se de ação monitória, na qual a autora pretende a condenação da ré ao pagamento das mensalidades em atraso, decorrentes de contrato de prestação

Acesso ao Sumário

de serviços educacionais, perfazendo o débito de R$13.488, 04.

A r. sentença de fls. 56/58 julgou improcedente a demanda, se insurgindo a autora.

Ab initio, cumpre anotar que, destarte a ausência de apresentação de contestação por parte da ré, a configurar o seu estado de revelia, a presunção de veracidade da matéria fática suscitada na exordial é condicionada à mínima verossimilhança da narrativa, de forma que ainda incumbiria à requerente colacionar prova mínima acerca de suas alegações, nos termos do art. 345, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Neste sentido, para comprovar o débito postulado em juízo, a autora se limitou a apresentar planilha apócrifa discriminando os débitos imputados à requerida (fls. 31/32), se eximindo de juntar o contrato de prestação de serviços assinado pela ré, requerimento de matrícula ou histórico escolar.

Têm-se, portanto, que os documentos colacionados com a exordial se mostram insuficientes para fazer prova mínima acerca da regular prestação dos serviços educacionais, ou mesmo da existência do débito ora perseguido, não tendo a autora se eximido de seu ônus probatório em demonstrar os fatos constitutivos de seu direito (art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil).

Anote-se que incumbia à autora instruir a petição inicial com todos os documentos em sua posse para demonstrar a existência do crédito, nos termos do art. 434 do Código de Processo Civil, ao passo em que sequer apresentou justificativa hábil para eventual juntada posterior de documentação suplementar, como exigido pelo parágrafo único do art. 435 do mesmo diploma legal, *in verbis*:

> *Art. 434.* ***Incumbe à parte instruir a petição inicial*** *ou a contestação* ***com os documentos destinados a provar suas alegações.***
>
> *(. ..)*
>
> *Art. 435. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô- los aos que foram produzidos nos autos.*
>
> *Parágrafo único.* ***Admite-se também a juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente e incumbindo ao juiz, em qualquer caso, avaliar a conduta da parte de acordo com o art. 5º****.*

Logo, não há o que se falar em intimação da parte autora para a apresentação de prova documental suplementar, como alegado nas razões recursais.

Ademais, nem mesmo em sede recursal a autora cuidou de juntar os supostos documentos comprobatórios do débito.

Acesso ao Sumário

Portanto, mostra- se correta a improcedência da ação, como bem decretado pela r. sentença, que fica mantida por seus próprios e bem lançados fundamentos.

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, **nega-se provimento** ao recurso.

O presente apelo foi interposto sob a égide do atual CPC, que determina o arbitramento de honorários advocatícios em recurso (art. 85, § 1°, CPC). Contudo, deixo de majorar os honorários advocatícios devidos pela ré, em razão da ausência de condenação em primeira instância.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005601-64.2022.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante/apelado ELITE-CLIMA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., é apelado/apelante LOGLINE SOLUÇÕES LOGÍSTICAS INTEGRADAS LTDA. EPP.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte o recurso da autora e na parte conhecida deram-lhe parcial provimento; e negaram provimento ao recurso dos réus. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE O DR. SIDNEI LOSTADO XAVIER JUNIOR", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44302)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NELSON JORGE JÚNIOR (Presidente) e SIMÕES DE ALMEIDA.

São Paulo, 24 de julho de 2024.

FRANCISCO GIAQUINTO, Relator

Ementa: Ação ordinária de cancelamento de duplicata de demurrage (sobreestadia de contêineres) - Ação e reconvenção - Sentença de procedência da ação e da reconvenção - Recursos de ambas as partes.
Ilegitimidade de parte e falta de interesse processual da Triman para apresentação de reconvenção - Ré reconvinte (TRIMAN) atua como NVOCC (função de armador sem navio) - Conhecimento de carga e Bills of Lading comprovam o estabelecimento de relação

Acesso ao Sumário

jurídica entre as partes - Legitimidade e interesse comprovados - Recurso da autora reconvinda negado.
Reconvenção - Cobrança - Abusividade das despesas de diferença de taxas de fretes - Despesas e encargos previamente conhecidos pela autora reconvinda e discriminados nas "Shipping Instructions" - Encargos previstos nas Condições de Negócios da ré Logline - Todavia, abusiva a cobrança de honorários advocatícios contratuais de 10%, pois restritos à relação entre patrono e constituinte - Precedentes do TJSP e do STJ - Recurso da autora-reconvinda parcialmente provido.
Abusividade no valor da demurrage - Alegação genérica, sem comprovação de que destoa da média do mercado - Recurso da autora negado.
Duplicata de demurrage - Saque da duplicata fora das hipóteses previstas na Lei 5.474/68 - Inexigibilidade das duplicatas, com a consequente ilicitude do protesto, corretamente reconhecida na r. sentença - Impossibilidade de condenação da autora a ressarcir a ré por despesas com o cancelamento dos protestos, por ilícitos os protestos - Recurso dos réus negado.
Danos morais - Caracterização - Protesto indevido de duplicatas sem lastro comercial - Danos morais evidenciados com o próprio fato ilícito da violação (protestos ilícitos) - Damnum in re ipsa - Indenização fixada em consonância aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, não comportando majoração ou redução - Recurso da autora e dos réus negados.
Honorários de sucumbência - Sentença fixou os honorários de sucumbência devidos ao patrono da autora sobre o valor da condenação - Descabimento - Necessidade de se observar o proveito econômico obtido - Sentença de dupla natureza - Precedentes do STJ e do TJSP - Inteligência do art. 85, §2°, do CPC - Recurso da autora provido.
Negativa do local de devolução dos contêineres - Descabimento - Tema não deduzido no Juízo a quo, sendo alegado de forma inédita em apelação - Impossibilidade de dedução de matéria nova em instância recursal - Vedada a inovação recursal - Princípio tantum de-

Acesso ao Sumário

volutum quantum apelatum - Recurso da autora não conhecido.
Recurso da autora reconvinda parcialmente provido, na parte conhecida, negando-se provimento ao recurso dos réus-reconvintes.

VOTO

Trata-se de ação ordinária de cancelamento de duplicata de demurrage proposta por **ELITECLIMA INDÚSTRIA E COMÉRCIO** em face de **LOGLINE SOLUÇÕES LOGÍSTICAS INTEGRADAS LTDA**, com reconvenção apresentada por TRIMAN SHIPPING GO LTD e LOGLINE, **julgadas procedentes** pela r. sentença de fls. 344/352, para: "*a) determinar o cancelamento dos protestos e a exclusão do nome da autora dos cadastros de inadimplentes pelos débitos questionados nesta ação, confirmando os efeitos da tutela; b) declarar a nulidade das duplicatas indevidamente sacadas; c) condenar a ré a indenizar a autora, pelos danos morais que lhe causou, na quantia de R$10.000,00 (dez mil reais), acrescidos de atualização monetária e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, da data da sentença. Ante a sucumbência da ré, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação a cargo dela, devidamente corrigidos a partir dos desembolsos. Ante o exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos da reconvenção nos termos da art. 487, I, para condenar a reconvinda ao pagamento de US$282.111.50 (duzentos e oitenta e dois mil cento e onze e cinquenta centavos de dólares americanos), mais US$41.440,56 (quarenta e um mil quatrocentos e quarenta e cinquenta centavos de dólares americanos) de diferenças de taxas de fretes a título de TSF (Terminal Security Fee), Desconsolidação de contêiner, Courier (Correio), TSC (Terminal Security Container), DROP OFF (descarga de contêiner), DPF (Damage Protect Fee), ISOOC (IMO Sox Compliance Charge), EFAF (Emergency Fuel Adjustment Factor), GRI (Gerenciamento de Risco), BUNKER (Combustivel), SEA PRIORITY (Prioridade de Embarque), convertidos os valores da taxa do dólar na data do pagamento, além dos juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, da data da intimação da reconvenção, abatidos os valores previamente pagos, montante a ser apurado em liquidação, em sendo necessário. Ante a sucumbência da reconvinda, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação a cargo dela, devidamente corrigidos a partir dos desembolsos*".

Apela a autora-reconvinda ELITECLIMA postulando a justiça gratuita. Alega revelia da ré Logline, tendo em vista que a contestação foi apresentada pela Triman. Entende que o valor do dano moral deveria ser majorado. Os honorários advocatícios de sucumbência deveriam ser arbitrados com base no proveito econômico e não do valor da condenação. Por não ser ré na ação prin-

Acesso ao Sumário

cipal, insurge-se em relação ao pedido reconvencional apresentado pela Triman, devendo a reconvenção ser extinta por violação ao art. 343 do CPC. Ausente caução, exigida pelo art. 83 do CPC, defende a remessa dos autos ao Juízo *a quo* para a sua apresentação, por se tratar de condição da ação. Sustenta não ter sido a tarifa de demurrage estabelecida previamente ao embarque, além de estar acima da média do mercado e apresentada tabela elaborada por terceiro. Acerca do prazo de "free time", alega ter sido unilateralmente alterado pela Triman. Imputa à Triman o atraso na devolução dos contêiners. Afirma foram cobrados valores de serviços inexistentes e não pactuados, como multa de 2%, spread de 7%, IOB de 0,38% e honorários de 10%. Pugna pelo provimento do recurso (fls. 365/395).

Apela adesivamente a reconvinte, fundamentando o protesto dos títulos na cláusula 10ª das Condições Gerais de Negócios da Logline. Alega que a autora estava ciente de que o inadimplemento implicaria o cancelamento do "free time" especial de 21 dias, calculando-se os valores pelo "free time" padrão. Defende a possibilidade de emissão de duplicata embasada em prestação de serviço de transporte marítimo para a cobrança de demurrage. Entende caso de improcedência do pedido de danos morais ou, subsidiariamente, a redução do seu valor, além da condenação da autora a restituir as despesas com as baixas dos protestos (R$ 5.754,64) (fls. 3869/3876).

Recursos regularmente processados e respondidos (fls. 3879/3900 e 3906/3911).

As partes manifestaram oposição ao julgamento virtual (fls. 3919 e 3921).

Foi indeferida a justiça gratuita postulada pela autora em apelação (fls. 3923/3924) com preparo recolhido pela requerente (fls. 3938/3939).

É o relatório.

VOTO.

Cuida-se de ação ordinária de cancelamento de duplicata de demurrage objetivando-se a o cancelamento do protesto de duplicatas pela cobrança de demurrage, em razão da sobreestadia de contêineres utilizados pela autora, postulando-se a condenação da ré Logline a cancelar as duplicatas e danos morais em 2% do valor indevidamente protestado.

Narra a autora reconvinda, na inicial, emitiu a ré Logline duplicatas para a cobrança de demurrage de contêineres. Alega inexistir causa para emissão das duplicatas por inexistir compra e venda de mercadorias ou a prestação de serviços, sendo os títulos relativos à demurrage. Reputa indevidos os protestos por se tratar de duplicatas emitidas sem um documento fiscal. Requereu o cancelamento dos protestos das duplicatas de n° 3175, 3333, 3171, 3172 e 3334 e a condenação da ré Logline por danos morais (fls. 01/06).

A ré Logline e a reconvinte Triman apresentaram contestação com reconvenção. Alega a reconvinte Triman ser agente de cargas, sendo contratada pela

Acesso ao Sumário

autora reconvinda para instrumentalizar o transporte de cargas entre os portos de Ningbo, na China, Santos/SP e Itajaí/SC, contratando os armadores CMA-CMG E PIL.

As cargas foram armazenadas nos contêineres n° PCIU8851183, PCIU9133977, PCIU9225029, PCIU9450518, PCIU9509730, TCNU4302956, CMAU6907523, CMAU6914332, CMAU6910152, CMAU6913280 e CMAU6905813, desembarcados no porto de Santos/SP, sendo os seis primeiros na data de 20/08/2021 e os cinco últimos em 04/10/2021, devolvidos em 26/11/2021 e 25/01/2022, CMAU6910701 e CMAU6912113, desembarcados no porto de Itajaí/SC em 15/09/2021, devolvidos em 26/01/2022.

A reconvinte Triman alegou a falta interesse de agir da autora reconvinda, por ter providenciado a baixa dos títulos antes mesmo do ajuizamento da ação, com baixa dos protestos em 15/03/2022, embora ainda pendentes de pagamento as demurrages dos contêiners n° PCIU8851183, PCIU9133977, PCIU9225029, PCIU9450518, PCIU9509730, TCNU4302956, CMAU6907523, CMAU6914332, CMAU6910152, CMAU6913280, CMAU6905813, CMAU6910701 e CMAU6912113.

Defenderam a legalidade dos protestos com base no art. 20, I. da Lei 5.474/1968 e na cláusula 10ª das Condições Gerais de Negócios da Logline, pois a autora reconvinda encontrava-se inadimplente em relação aos fretes e despesas de taxas do transporte realizado.

Alegaram que a autora Eliteclima quitou somente os fretes, BsL fee, ISPS-Code e THCs, pleiteando, em reconvenção, a condenação da autora reconvinda ao pagamento de US$282.111,50 e US$41.440,56, a título de diferenças de taxas de fretes de TSF (Terminal Security Fee), Desconsolidação de contêiner, Courier (Correio), TSC (Terminal Security Container), DROP OFF (descarga de contêiner), DPF (Damage Protect Fee), ISOOC (IMO Sox Compliance Charge), EFAF (Emergency Fuel Adjustment Factor), GRI (Gerenciamento de Risco), BUNKER (Combustivel) e SEA PRIORITY (Prioridade de Embarque), além de R$5.754,64, relativo às custas para o cancelamento dos protestos (fls. 103/120).

Em reconvenção postularam a condenação da autora-reconvinda no pagamento do valor de US$ 282.111,50 (duzentos e oitenta dois mil cento e onze e cento e cinquenta centavos de dólares americanos), de 21 dias de demurrage, além de US$ 41.440,56 (quarenta e um mil quatrocentos e quarenta e cinquenta e seis centavos de dólares americanos), a título de taxas/tarifas de fretes e a condenação no valor de R$ 5.754,64 (cinco mil, setecentos e cinquenta e quatro reais e sessenta e quatro centavos), do valor despendido pela cancelamento do protesto das duplicatas (fls. 119).

A autora reconvinda contestou à reconvenção, alegando falta de interesse processual da reconvinte Triman, pois não é sucursal, filial ou agente da ré. Por não ser proprietária dos contêineres, não sofreu prejuízos em decorrência do

Acesso ao Sumário

atraso, sendo incabível o pleito indenizatório. Insurge-se em relação aos valores de demurrage e de despesas com taxas e despesas do frete, alegando foram fixados de forma unilateral pela reconvinte Triman, além de superiores à média do mercado. Pediu a improcedência da reconvenção (fls. 229/251).

A ação e a reconvenção foram julgadas procedentes, por r. sentença apelada assim fundamentada:

"Afasto a tese da perda de objeto da ação, formulada pela ré- reconvinte, uma vez que se trata de verdadeiro conteúdo de mérito (já que trata da natureza da dívida subjacente à duplicata), a ser apreciada na defesa. Da mesma forma, afasto a tese quanto à falta de interesse de agir, pois a natureza da dívida é matéria de mérito.

No mérito, os pedidos da ação procedentes.

Cuida-se de ação em que visa, a autora, à declaração de duplicatas emitidas pela ré, além de indenização pelos prejuízos decorrentes.

A autora sustentou na inicial a inexistência do fato subjacente válido à duplicata, aduzindo inexistência de venda de bens ou prestação de serviços que autorizassem os saques de duplicatas.

A duplicata, como título causal que é, exige a prova de sua origem, e o respeito a diversas formalidades, impostas por normas cogentes, segundo dispõe o art. 2º da Lei 5.474/68:

(...)

Cabe destacar que "A fatura, repita-se, é a matriz da duplicata, que, não sendo cópia, uma reprodução daquela, tem nela a sua origem. Esclarece o § 2º do mesmo artigo que "uma só duplicata não pode corresponder a mais de uma fatura". Assim, pois, para cada fatura, uma "duplicata". Uma, pelo menos. Porque, sendo vedada uma só duplicata para duas ou mais faturas, a recíproca não é verdadeira: a uma só fatura podem corresponder, eventualmente, duas ou mais duplicatas (…)" (João Eunápio Borges,"Títulos de Crédito", 2ª ed., Forense, 1976, RJ, p. 210/211, o destaque não consta do original);

A duplicata, pois, é um título de crédito causal, só podendo ser emitida para documentar determinados negócios jurídicos (compra e venda mercantil e contrato de prestação de serviços).

Nesta esteia, segundo Luiz Emygdio F. da Rosa Júnior, a "... duplicata é titulo casual e só poderá ser extraída em decorrência de fatura, que comprove a compra e venda mercantil ou a prestação de serviços, e, assim, a duplicata tem sua origem na fatura, sem ser, no entanto, cópia ou reprodução. A vinculação do título à fatura visa a evitar que a duplicata possa corresponder a mais de uma fatura (LD, art. 2º, § 2º) porque cada fatura decorre de uma compra e venda ou de uma prestação de serviços, e a duplicata não pode ser vinculada a mais de um negócio jurídico. (…)" ("Títulos de Crédito", 6ª ed., Renovar,

Acesso ao Sumário

2009, SP, p 686/687, o destaque não consta do original).

Na Lei nº 5.474/68, o seu art.15 prescreve que a duplicata é considerada título executivo, se aceita. Caso contrário, depende de protesto, prova da entrega da mercadoria e ausência de recusa do aceite formalizada pelo sacado. Assim, quanto ao reconhecimento de validade, eficácia e ônus da prova em ações relativas a duplicatas não aceitas, adotamos a seguinte orientação:

(...)

Tecidas essas considerações, negada a existência de relação jurídica ou a prestação de serviço ou a entrega da mercadoria que justificaria a cobrança do autor, o ônus de provar o contrário, isto é, que houve uma operação de compra e venda ou a prestação de um serviço, nos termos dos artigos 1º e 20 da Lei 5.478/68, era do réu, por imposição do artigo 333, II do Código de Processo Civil.

Entretanto, pelo próprio teor da reconvenção, objetivando o recebimento de indenização de demurrage, diferenças de taxas/tarifas e multas contratuais, denota-se o descumprimento da eleição da causa subjacente à emissão das duplicatas.

A ausência de juntadas de notas fiscais faturas que permitam inferir alguma correlação com as duplicatas apontadas para protesto, como acontece no caso dos autos, revela que, na espécie, a sacadora emitiu sem vinculação com fatura de compra e venda mercantil, nem de fatura de prestação de serviços, em desconformidade, portanto, com o estabelecido na LF 5.474/68 (arts. 1º, 2º, 15 e 20, § 3º), que veda o saque de duplicata sem fatura ou com base em mais de uma fatura. Assim, ausente a relação causal a legitimá-la, autorizado está o reconhecimento da nulidade do título levado a protesto.

(...)

É de se ver que provada a culpa da sacadora ré, para o evento danoso, o ato ilícito, consistente nos indevidos apontamentos a protesto de duplicatas inexigíveis, e não configurada nenhuma excludente de responsabilidade, de rigor, o direito da sacada de exigir a reparação integral dos danos.

Indisputável a caracterização do dano moral à autora.

Tanto a pessoa jurídica quanto a pessoa natural podem ser vítimas de dano moral. Nos termos da Súmula 227/STJ: "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral". O titular de firma individual também pode padecer de moléstia ao seu patrimônio moral (STJ-4ª Turma, REsp 110091/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, v.u, j. 25/04/2000, DJ 28.08.2000 p. 85, conforme site do Eg. STJ).

O apontamento indevido de título a protesto constitui por si só, fato ensejador de dano moral, conforme orientação que se passa a adotar. Não custa anotar que, ainda que se trate de empresa, de acordo com a Súmula 227, do Col. STJ e seu iterativo posicionamento, indubitável que "nos casos

Acesso ao Sumário

de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura in re ipsa, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica".(REsp. 1059663/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi; no mesmo sentido: AgRg no REsp.1.186.167/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão; AgRg no REsp. 1.252.125/SC, Rel. Min. Sidnei Beneti; REsp. 959.565/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; e, AgRg no REsp. 740.694/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha).

No tocante à caracterização do dano moral, a corroborar aconduta ilícita da ré, transcreve-se posicionamentos do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Em relação ao valor da indenização, recomenda-se a utilização de valor certo, dentro de parâmetros razoáveis e moderados (REsp 579.195/SP), por arbitramento judicial, conforme já decidiu o então Des. Cezar Peluso, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal: "A indenização por dano moral é arbitrável, pois, nada dispondo a lei a respeito, não há critério objetivo para cálculo e esse dano nada tem com as repercussões econômicas do ilícito" (JTJ-Lex 142/95).

Na hipótese, reconhecendo-se os transtornos causados pela ré com os protestos indevidos, tenho que o valor da indenização em R$ 10.000,00 seja o mais adequado ao caso dos autos, suficiente para reparar o dano imposto, atendendo aos requisitos do desestímulo à ocorrência de novas condutas danosas, capacidade econômica das partes e compensação ao autor, sem caracterizar enriquecimento sem causa.

Afasto a preliminar de ilegitimidade de parte da reconvenção. A autora aduz ilegitimidade de parte, pois a Logline não é agência marítima, mas um agente de carga. Todavia, a demandada atua como representante da Triman para os fins de cobranças de valores relacionados com a desconsolidação da carga, de modo qua não há o que se falar de ilegitimidade de parte. Aliás, tal fato era de conhecimento da autora, tanto em razão do contrato celebrados entre as partes, como pelas correspondências eletrônicas de fls. 51/71, ou pelos pagamentos de fls.73/77. Pelo mesmo motivo, afasto a alegação de irregularidade de representação processual.

No caso, os valores apontados às fls. 114, iferenças de taxas de fretes a título de TSF (Terminal Security Fee), Desconsolidação de contêiner, Courier (Correio), TSC (Terminal Security Container), DROP OFF (descarga de contêiner), DPF (Damage Protect Fee), ISOOC (IMO Sox Compliance Charge), EFAF (Emergency Fuel Adjustment Factor), GRI (Gerenciamento de Risco), BUNKER (Combustivel), SEA PRIORITY (Prioridade de Embarque), guardam correspondência com as "Condições Gerais do Negócios" (fls. 135/148), que por sua vez estavam vinculadas aos "Bill of Landings" de fls. 149/167,

Acesso ao Sumário

cujos valores estão demonstrados as fls. 168/ 225. Assim, não há como sustentar que os valores cobrados inexistem, ou a reconvinte não está autorizada a cobra-los. Aliás, nas correspondências de fls. 65/69 os referidos valores foram negociados entre as partes. Logo, não há como negar a previsão contratual das cobranças de taxas e demais tarifas, muito menos da demurrage.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos da inicial, nos termos da art. 487, I, para: a) determinar o cancelamento dos protestos e a exclusão do nome da autora dos cadastros de inadimplentes pelos débitos questionados nesta ação, confirmando os efeitos da tutela; b) declarar a nulidade das duplicatas indevidamente sacadas; c) condenar a ré a indenizar a autora, pelos danos morais que lhe causou, na quantia de R$10.000,00 (dez mil reais), acrescidos de atualização monetária e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, da data da sentença.

Ante a sucumbência da ré, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação a cargo dela, devidamente corrigidos a partir dos desembolso.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos da reconvenção nos termos da art. 487, I, para condenar a reconvinda ao pagamento de US$282.111.50 (duzentos e oitenta e dois mil cento e onze e cinquenta centavos de dólaresamericanos), mais US$41.440,56 (quarenta e um mil quatrocentos e quarenta e cinquenta centavos de dólares americanos) de diferenças de taxas de fretes a título de TSF (Terminal Security Fee), Desconsolidação de contêiner, Courier (Correio), TSC (Terminal Security Container), DROP OFF (descarga de contêiner), DPF (Damage Protect Fee), ISOOC (IMO Sox Compliance Charge), EFAF (Emergency Fuel Adjustment Factor), GRI (Gerenciamento de Risco), BUNKER (Combustivel), SEA PRIORITY (Prioridade de Embarque), convertidos os valores da taxa do dólar na data do pagamento, além dos juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, da data da intimação da reconvenção, abatidos os valores previamente pagos, montante a ser apurado em liquidação, em sendo necessário.

Ante a sucumbência da reconvinda, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação a cargo dela, devidamente corrigidos a partir dos desembolso.

PRI"

Pelo meu voto, dá-se parcial provimento ao recurso da autora reconvinda, na parte conhecida, e nega-se provimento ao recurso dos réus reconvintes.

De início, afasto as preliminares de ilegitimidade de parte e falta de interesse processual alegadas pela autora Eliteclima Indústria e Comércio LTDA. A requerida Logline apresentou contestação aos fatos alegados na exordial, apresentando reconvenção em conjunto com a Triman, objetivando a cobrança de valores inadimplidos pela autora (demurrage), taxas e tarifas de fretes e despesa

Acesso ao Sumário

pelo cancelamento dos protestos das duplicatas.

A "Appointment Letter" consignada aos autos evidencia a condição da ré Logline de representante da reconvinte Triman para representá-la "*ativa e passivamente perante qualquer juízo ou tribunal em ou extrajudicialmente/administrativamente se necessário. Confere ainda a outorgante poderes à outorgada Logline Soluções Logística Integrada poderes para emitir conhecimento de embarque devido a um acordo entre ambas as empresas*" (fls. 283/284).

Reza o art. 343, §4°, do CPC:

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

(...)

§ 4º A reconvenção pode ser proposta pelo réu em litisconsórcio com terceiro.

O interesse e a legitimidade da reconvinte Triman são evidentes, por ter viabilizado a execução do transporte marítimo em parceria com as armadoras, conforme as Bills of Lading juntadas aos autos (fls. 150/151, 153/155, 157/161, 163/165 e 167), além de constar nos Extratos do Conhecimento Eletrônico (fls. 186/201). É irrelevante o fato de se tratar de agente NVOCC (non vessel operating common carrier), mesmo não sendo a proprietária dos contêiners ou do navio. Ao contratar o transporte de mercadorias com terceiro, assume o agente a posição contratual como verdadeiro armador com os mesmos deveres e obrigações do armador do navio.

A propósito já decidiu o STJ:

"AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL LEGITIMIDADE ATIVA. ART. 18 DO CPC. MATÉRIA DE FUNDO DE DIREITO CIVIL E MARÍTIMO. DEMURRAGE. FUNÇÃO DE ARMADOR SEM NAVIO. DIFERENÇAS DO AGENTE DE CARGAS. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

Discussão sobre a legitimidade ativa na cobrança do demurrage, valor pago em razão da sobreestadia dos contêineres utilizados no transporte.

O agente marítimo, ou seja, mandatário mercantil, não possui legitimidade ativa para cobrar o demurrage, ao contrário do armador sem navio, que ostentaria essa posição jurídica.

O Tribunal de origem entendeu que há prova contundente quanto ao conhecimento da agravante em relação aos valores e especificações da cobrança de demurrage, bem como a atuação da agravada como armador sem navio. Rever tais conclusões demandaria o reexame das provas e análise das cláusulas contratuais, o que é inviável em sede de recurso especial, a teor das súmulas 5 e 7 do STJ.

Agravo interno a que se nega provimento.

Acesso ao Sumário

(AgInt. No REsp 1916046/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, 4ª T., DJ 04/12/2023, DJe 07/12/2023).

Ainda a respeito da legitimidade do agente transportador NVOCC para a cobrança do demurrage, precedentes do TJSP:

Transporte marítimo internacional - Cobrança - Devolução de containers - Sobreestadia - Legitimidade ativa do agente NVOCC, non vessel owner common carrier - Relação jurídica obrigacional configurada - Documentos que demonstram a existência de vínculo entre as partes e a devolução dos containeres após o prazo estipulado - Diária de sobrestadia que deve observar o constante no contrato celebrado entre as partes - Aplicação do art. 252 do Regimento Interno - Apelação não provida, com majoração da verba honorária.

(TJ-SP - AC: 10144606720178260005 SP 1014460-67.2017.8.26.0005, Relator: Gil Coelho, Data de Julgamento: 03/10/2019, 11ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 07/10/2019)

Cobrança. Sobreestadia de containers. Autora que atua como NVOCC (Non Vessel Owner Common Carrier). Conhecimento de carga que indica a existência de relação negocial entre as partes. Afastamento do reconhecimento da ilegitimidade ativa. Possibilidade de julgamento do mérito (art. 1.013, § 4º, do CPC). Contexto dos autos que permite o acolhimento integral da petição inicial. Recurso provido.

(TJ-SP - AC: 10087879620168260565 SP 1008787-96.2016.8.26.0565, Relator: Luis Carlos de Barros, Data de Julgamento: 22/10/2018, 20ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/10/2018)

AÇÃO DE COBRANÇA DE SOBREESTADIA – Transporte marítimo - 'Demurrage' - LEGITIMIDADE ATIVA - Autora que atuou na qualidade de transportador NVOCC (Non Vessel Operating Common Carrier) - Legitimidade ativa reconhecida - Sentença anulada. Recurso provido.

(TJ-SP - APL: 10148010820168260562 SP 1014801-08.2016.8.26.0562, Relator: Denise Andréa Martins Retamero, Data de Julgamento: 11/05/2017, 24ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/05/2017)

Demurrage ou sobre-estadia de contêiner. Ação de cobrança. Legitimidade ativa do agente NVOCC. A autora ostenta legitimidade para figurar no polo ativo da demanda, em razão de sua qualidade de transportadora NVOCC (non-vessel operating commom carrier). Ao contratar transportes de mercadoria com terceiros, assume a posição contratual de verdadeiro armador sem navio. Não existe mera intermediação da autora entre seus clientes e o armador, mas inequívoca

Acesso ao Sumário

assunção da posição contratual deste último (armador), razão pela qual possui os mesmos deveres e obrigações que tem o armador com o navio. Sobre-estadia comprovada. Fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito da autora não comprovado. O conjunto probatório é farto a respeito da contratação do transporte, da entrega do contêiner à ré, da assunção da responsabilidade por sua devolução. Nessa toada, o ônus probatório, no caso concreto, recaia sobre a ré, que deveria demonstrar, por meio de recibo, haver devolvido o baú no prazo isento de cobrança, ou, caso achasse que o valor era excessivo, dizer que apenas algumas diárias eram devidas. Apelação não provida.

(TJ-SP - APL: 10138297220158260562 SP 1013829-72.2015.8.26.0562, Relator: Sandra Galhardo Esteves, Data de Julgamento: 13/09/2016, 12ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/09/2016)

Rejeitam-se, assim, as preliminares arguidas pela autora apelante Eliteclima, sendo igualmente descabido o argumento de revelia da Logline por ter contestado o feito (fls. 103/120).

A condição da ré Logline como agente brasileira desconsolidadora e representante da reconvinte Triman também afasta a exigência de caução constante no art. 83 do CPC, conforme o entendimento do TJSP, inclusive desta C. Câmara:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - TAXATIVIDADE MITIGADA - URGÊNCIA - NECESSIDADE - CABIMENTO. - Decisão recorrida que não se encontra discriminada no rol taxativo do artigo 1.015 do CPC e seu parágrafo único - Cabimento - Taxatividade Mitigada - Entendimento pacificado pelo STJ, em julgamento pela sistemática dos Recursos Repetitivos: - Consoante entendimento pacificado pelo STJ, em julgamento pela sistemática dos Recursos Repetitivos, o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. CAUÇÃO - Ação de cobrança de sobre-estadia de contêiner "demurrage" - Autora pessoa jurídica estrangeira - Previsão de que seja prestada caução - Representação por agente brasileiro - Desnecessidade: - A pessoa jurídica estrangeira que tem representante no Brasil está dispensada de prestar a caução para o ajuizamento de demandas. RECURSO PROVIDO.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2190137-36.2022.8.26.0000; Relator (a): Nelson Jorge Júnior; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 24/03/2023; Data de Registro: 24/03/2023)

Acesso ao Sumário

TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL. Ação de cobrança. Taxa de sobreestadia de container ('demurrage'). Sentença de procedência. Irresignação da parte ré. Descabimento. Caução de custas processuais e dos honorários advocatícios que é desnecessária 'in casu'. Empresa estrangeira autora está representada por pessoa jurídica nacional. Precedentes. Alegada carência de ação não caracterizada na hipótese em exame. Legitimidade passiva do despachante aduaneiro. Assinatura de termo de responsabilidade de devolução de containers, na qualidade de representante da consignatária das mercadorias. Vinculação da empresa representada, ante a procuração com poderes específicos outorgada ao assinante. Período de posse dos containers não impugnado em contestação. Termo de compromisso prevendo os valores diários referentes à estadia dos containers. Taxa de sobrestadia que não configura cláusula penal, tratando-se de indenização contratual, incidindo em caso de descumprimento. Precedentes. Sentença mantida. Aplicação do art. 252 do RITJSP. Honorários advocatícios majorados para o importe de 15% sobre o valor da condenação. Incidência da norma prevista no artigo 85, §11, do CPC. Recurso não provido.

(TJSP; Apelação Cível 1008529-27.2018.8.26.0562; Relator (a): Walter Barone; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 10ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/10/2018; Data de Registro: 31/10/2018)

Em relação aos valores das despesas com frete, constata-se do exame dos autos que eram previamente conhecidos pela requerente Eliteclima, conforme as "Shipping Instructions" (fls. 168/174), as quais detalham e evidenciam as despesas envolvidas no transporte, não podendo a autora reconvinda alegar desconhecimento.

Ausentes também provas de que o valor cobrado pelas rés reconvintes a título de demurrage destoam da média do mercado, como alega a autora reconvinda, sendo insuficiente a tabela de fl. 394, único documento que juntou aos autos para fundamentar tal argumentação.

Aliás, os documentos de fls. 291 juntados pelos reconvintes requeridos desmentem que os valores pela utilização dos cofres seriam abusivos em relação ao de mercado.

No que tange o período de "free time", que alega ter sido unilateralmente alterado pelas rés reconvintes, as "Condições Gerais de Negócios" da Logline (fls. 135/146) são claras ao estabelecer que o período livre poderá ser cancelado em caso de inadimplemento (fl. 139):

CLÁUSULA OITAVA: SOBRESTADIA

(...)

Acesso ao Sumário

CONTAGEM DO PERÍODO LIVRE E INCIDÊNCIA DA TABELA DE DIÁRIAS: A contagem do período livre e a incidência da tabela de diárias se iniciam na data de descarga dos contêiners. O MERCADOR está ciente que dependendo do número de dias livres acordados, o primeiro dia em Demurrage poderá ser calculado já pela segunda fase de incidência da Tabela de Sobrestadia, e isto porque o período de utilização sem despesas é mais longo. O MERCADOR também está ciente que eventual período livre superior aos prazos mencionados nesta cláusula são concedidos a título de bonificação para pagamento na data do vencimento das faturas, e que em caso de atraso tal benefício poderá ser cancelado, gerando o cancelamento das faturas já emitidas e novo faturamento, agora com base nos prazos não bonificados.

O referido instrumento também prevê a incidência da multa de 2%, spread de 7% e honorários de 10%, conforme as cláusulas décima e décima primeira (fls. 141/142):

CLÁUSULA DÉCIMA: INADIMPLEMENTO

O não pagamento de qualquer montante devido à LOGLINE, implicará no pagamento de 2% (dois por cento) a título de mora, calculado sobre o montante devidamente corrigido e acrescido de 1% (um por cento) de juros ao mês, a partir da data do inadimplemento (vencimento do boleto ou nota de débito) até a data do pagamento efetivo e integral, e correção monetária pelo índice da IGPM/FGV. No caso de as dívidas precisarem ser coletadas por meio de terceiros, seja em procedimento Extrajudicial ou Judicial, um adicional de 10% (dez por cento) será devido a estes terceiros a título de honorários. Os títulos em aberto poderão ser levados a protesto e inscritos nos órgãos de proteção ao crédito, independentemente de notificação prévia, tendo em vista a constituição automática em mora após o vencimento dos títulos.

(...)

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA: DA TAXA DE CONVERSÃO

Para pagamentos que necessitem de conversão para a moeda nacional (Real), será utilizada a taxa de conversão será a de abertura do dia do pagamento, com acréscimo de spread de 7% (sete por cento).

Em relação à incidência de honorários advocatícios extrajudicial contratuais de 10% (fl. 114), assiste razão à autora reconvinda.

Trata-se de verba estabelecida e acordada somente entre constituinte e advogado, não podendo ser exigida de terceiros alheios a tal negócio jurídico, de modo que o valor de US$41.440,56 devido pela autora deve ser recalculado sem o acréscimo da verba honorária de 10%.

Os honorários contratuais não podem ser cobrados na parte adversa, devedora somente da verba honorária a título de sucumbência, pena de *bis in idem*, como indevidamente estabelece a "Cláusula Décima" das "Condições Gerais de Negócios" da Logline.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, precedentes do C. STJ e do TJSP:

RECURSOS ESPECIAIS. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PEDIDO INDENIZATÓRIO. PARCERIA AGRÍCOLA. LUCROS CESSANTES. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA. DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 489, § 1º, IV, DO CPC/2015. OBSERVÂNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. RESSARCIMENTO. INADMISSIBILIDADE. GRAU DE SUCUMBÊNCIA. AFERIÇÃO. MATÉRIA FÁTICA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. Ação de resolução de contratos de parceria agrícola cumulada com pedido de indenização por lucros cessantes.

3. Nos termos do art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015, não se considera fundamentada a decisão judicial que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

4. Apresenta fundamentação adequada o acórdão que, ao entender que a parte autora não comprovou a existência de lucros cessantes, deixa de se pronunciar a respeito das conclusões do laudo pericial que, no contexto examinado, serviriam apenas para a quantificação de eventuais prejuízos.

5. Os custos decorrentes da contratação de advogados não são indenizáveis, sob pena de atribuir ilicitude a qualquer pretensão questionada judicialmente. Ademais, a atuação judicial na defesa de interesses das partes é inerente ao exercício regular de direitos constitucionais, como o contraditório, a ampla defesa e o amplo acesso à Justiça.

6. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de ser inviável, em recurso especial, a revisão do grau de sucumbência em que autor e réu saíram vencidos na demanda, porquanto implicaria análise do conteúdo fático- probatório. Incidência da Súmula nº 7/STJ.

7. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa extensão, não providos.

(REsp n. 1.837.453/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 10/3/2020, DJe de 13/3/2020.)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. ART. 489 E 1.022 DO CPC/2015. AUSÊN-

Acesso ao Sumário

CIA DE OMISSÕES. TÉRMINO RELAÇÃO CONTRATUAL. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE MULTA COMPENSATÓRIA COM CUMPRIMENTO OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. HONORÁRIOS CONTRATUAIS NÃO INTEGRAM VALORES DEVIDOS A TÍTULO DE PERDAS E DANOS. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Não há falar em ofensa aos artigos 1022, II e 489, do Código de Processo Civil, haja vista que a ofensa somente ocorre quando o acórdão deixa de pronunciar-se sobre questão jurídica ou fato relevante para o julgamento da causa. A finalidade dos embargos de declaração é complementar o acórdão quando nele identificar omissão, ou, ainda, aclará-lo, dissipando obscuridade ou contradição. 2. A jurisprudência desta Casa perfilha do entendimento de não ser possível a cumulação da multa compensatória com o cumprimento da obrigação principal, uma vez que se trata de uma faculdade disjuntiva, podendo o credor exigir a cláusula penal ou as perdas e danos, mas não ambas. Precedentes.

3. O acolhimento da pretensão do agravante, demandaria alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula 7 do STJ. 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.

(AgInt no AREsp n. 1.294.687/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 11/9/2018, DJe de 18/9/2018.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. Instrumento particular de confissão de dívida. Taxa Associativa. Pretendido parcelamento do débito, nos moldes do artigo 916, caput, do CPC. Impossibilidade. Depósito não realizado dentro do prazo legal. Aceitação da proposta de parcelamento que constitui mera faculdade do credor. Cálculo da agravada que contempla os honorários contratuais e sucumbenciais. Inadmissibilidade. Precedentes desta Corte. Decisão reformada, a fim de que o quantum debeatur contemple somente os honorários sucumbenciais. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJ-SP - AI: 21036812020218260000 SP 2103681-20.2021.8.26.0000, Relator: Márcio Boscaro, Data de Julgamento: 06/07/2021, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/07/2021)

APELAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA - DESPESAS DE CONDOMÍNIO - HONORÁRIOS EXTRAJUDICIAIS - Descabimento da

Acesso ao Sumário

inclusão de honorários de advogado na conta apresentada pelo condomínio credor, uma vez que a fixação dessa verba cabe ao juiz da causa, sob pena de bis in idem. RECURSO IMPROVIDO

(TJSP; Apelação Cível 1028306-50.2018.8.26.0577; Relator (a): Maria Lúcia Pizzotti; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/05/2020; Data de Registro: 07/05/2020)

CONDOMÍNIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DESPESAS CONDOMINIAIS. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE EXECUÇÃO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. PRETENSÃO DO CONDOMÍNIO AO RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS, EM RAZÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DA COBRANÇA. NÃO CABIMENTO. HONORÁRIOS CONTRATUAIS QUE NÃO GUARDAM RELAÇÃO COM OS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. DEVER DO EXECUTADO PAGAR APENAS OS HONORÁRIOS PREVISTOS NO ART. 827 DO CPC. SENTENÇA MANTIDA. Recurso de apelação improvido.

(TJ-SP - AC: 10121003920208260011 SP 1012100-39.2020.8.26.0011, Relator: Cristina Zucchi, Data de Julgamento: 04/07/2021, 34ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 04/07/2021)

Abusiva, portanto, a cobrança de honorários contratuais de 10%.

Analisadas as preliminares e a tese de abusividade nas tarifas e encargos, cumpre examinar a possibilidade de cobrança de duplicata de demurrage e eventual abusividade no protesto dos títulos, levando à condenação das rés ao pagamento de indenização por danos morais.

A autora reconvinda comprovou nos autos o protesto das duplicatas n° 3175, 3333, 3171, 3172, 3334 e 3270 (fls. 25/36).

A sobreestadia ou demurrage consiste no termo técnico utilizado no transporte marítimo para designar a indenização devida ao armador, ou seja, ao operador do frete marítimo, por descumprimento na entrega do contêiner para embarque fora do prazo denominado free time pelo afretador ou embarcador, cujo valor é estabelecido em contrato, por dia de atraso.

A cobrança da demurrage tem natureza jurídica de indenização pré- fixada por descumprimento contratual, compensando pela retenção indevida do cofre, por prazo superior ao convencionado, independentemente da demonstração de culpa ou prejuízo. A demurrage não tem natureza de cláusula penal.

Nesse sentido já decidiu o TJSP: ***"AÇÃO DE COBRANÇA - Transporte marítimo - Sobreestadia de contêineres - Ilegitimidade de parte - Inocorrência - Agente marítimo que é representante da transportadora no país e parte legítima para propor ação de cobrança de sobreestadia - Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade, por não se tratar de relação de consumo***

Acesso ao Sumário

- Alegação de que não houve prévia convenção sobre as tarifas que incidiriam na hipótese de demora na devolução dos cofres de carga e do período de free time - Elementos dos autos que evidenciam o conhecimento dos prazos e valores pelo réu - Usos e costumes comerciais - Ratificação do julgado, nos termos do artigo 252 do RITJSP, eis que avaliou corretamente os fatos e fundamentos jurídicos da causa - RECURSO NÃO PROVIDO" (Apelação nº 0175745-05.2011.8.26.0100, Relator(a): Spencer Almeida Ferreira; 38ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 19/08/2015).

O saque de duplicatas somente é permitido diante de hipóteses legais específicas, que se restringe a compra e venda mercantil ou a prestação de serviços, em consonância com os arts. 15, II e 20, §3°, da Lei 5.474/68. A cobrança de demurrage, pela sobreestadia de contêineres, de natureza indenizatória, não autoriza o saque de duplicata.

Nesse sentido precedentes:

TRANSPORTE MARÍTIMO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE TÍTULO - DEMURRAGE - EMISSÃO DE DUPLICATA - PROTESTO - Pretensão de declaração da inexigibilidade de duplicata emitida para pagamento de sobre-estadia de contêineres -ADMISSIBILIDADE - Duplicata que é título causal e pode ser sacada apenas diante das hipóteses expressamente previstas na lei 5.474/68, quais sejam, prestação de serviços ou compra e venda mercantil - Reembolso de despesas decorrentes da sobre-estadia de contêineres não autoriza o saque desse título de crédito - Título inexigível - Protesto indevido - PEDIDO RECONVENCIONAL - Contrato de prestação de serviços de importação por conta e ordem de terceiros com previsão expressa - Valores abusivos não demonstrados - Procedência da reconvenção - Sentença mantida, neste ponto - Recurso parcialmente provido, com redistribuição do ônus sucumbencial

(TJSP; Apelação Cível 1019106-92.2018.8.26.0100; Relator (a): Marco Fábio Morsello; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 43ª Vara CÍvel; Data do Julgamento: 02/03/2022; Data de Registro: 02/03/2022)

DECLARATÓRIA - DEMURRAGE - Emissão de duplicata para cobrança de sobreestadia de aluguel de contêineres - Descabimento - Natureza jurídica - Indenizatória - Questão debatida que não envolve a temática da cláusula penal - Entendimento jurisprudencial do STJ - Título de crédito emitido - Nulidade - Cabimento. DECLARATÓRIA - Verba honorária - Estabelecida em favor da apelante em 20% sobre o valor atribuído à causa, devidamente atualizado. Recurso provido, julgando-se procedente o pedido e declarando-se a nulidade do título emitido.

Acesso ao Sumário

(TJSP; Apelação Cível 1048900-03.2014.8.26.0100; Relator (a): João Batista Vilhena; Órgão Julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 16ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/05/2017; Data de Registro: 22/05/2017)

"CAMBIAL - Duplicata - Emissão do título para cobrança de "demurrage" - Inadmissibilidade - Violação a literal disposição de lei - Arts. 1º e 2º da Lei 5 474/68 - Título causal que apenas pode ser emitido em decorrência de compra e venda mercantil ou efetiva prestação de serviço - Nulidade da duplicata reconhecida - Recurso improvido."

(TJSP; Apelação Cível 1056709-10.2015.8.26.0100; Relator (a): J. B. Franco de Godoi; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 26ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/07/2016; Data de Registro: 02/08/2016)

Sendo o título causal, o saque fora dos casos expressamente autorizados pela legislação impõe a declaração de sua inexigibilidade, culminando nos abusivos protestos efetivados, como bem decidiu o d. Juiz *a quo*.

Portanto, descabida a pretensão da reconvinte quanto a condenação da autora reconvinda ao pagamento das custas com o cancelamento dos protestos, além de fazer jus a autora quanto a indenização por dano moral, pelos ilícitos protestos das duplicatas, conforme pacífica jurisprudência do STJ.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULO. DANO IN RE IPSA, AINDA QUE SOFRIDO POR PESSOA JURÍDICA. SÚMULA 83/STJ.

1. Nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral configura-se in re ipsa, prescindindo de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica.

2. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (súmula 83/STJ).

3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(AgRg no Ag n. 1.261.225/PR, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 9/8/2011, DJe de 15/8/2011.)

Civil e processual civil. Recurso especial. Omissão. Inexistência.

Danos morais. Não renovação do cheque especial. Ausência de prova. Protesto indevido. Negativação. Pessoa jurídica. Dano in re ipsa. Presunção. Desnecessidade de prova. Quantum indenizatório. Exagero.

Afastamento de um dos motivos de sua fixação. Redução.

- Para o Tribunal de origem, o envio do título a protesto de forma

Acesso ao Sumário

indevida gerou presunção de dano moral, o que tornou desnecessária a análise dos pontos questionados em embargos declaratórios;
- A não renovação do contrato de cheque especial não pode ser imputada ao protesto indevido promovido pela recorrente. Fato não comprovado nos autos;
- Nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura in re ipsa, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica. Precedentes;
- Os valores arbitrados a título de danos morais somente comportam modificação pelo STJ quando fixados de modo irrisório ou exagerado;
- Na espécie, o valor mostra-se exagerado, em especial pelo afastamento da indenização pela não renovação do contrato de cheque especial.
Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido.
(REsp n. 1.059.663/MS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 2/12/2008, DJe de 17/12/2008.)

Caracterizado o dano moral, o valor da indenização deve ser fixado em consonância com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Ademais deve ter caráter preventivo, com o fito da conduta danosa não voltar e se repetir, assim como punitivo, visando à reparação pelo dano sofrido.

Não deve, todavia, transformar-se em objeto de enriquecimento sem causa devido à fixação de valor desproporcional para o caso concreto.

Sobre o tema, discorreu Cavalieri Filho: "***na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e conseqüências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do***

Acesso ao Sumário

sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes". (Programa de Responsabilidade Civil, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2010, p. 90).

Nesse panorama, em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e segundo a extensão do dano (art. 944 do CC), razoável o valor da indenização por danos morais fixada na r. sentença em R$10.000,00 (dez mil reais), não comportando modificação.

Como ressaltou a Min. Nancy Andrighi "***a indenização por dano moral deve atender a uma relação de proporcionalidade, não podendo ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de desbordar da razão compensatória para a qual foi predisposta***" (REsp. nº 318379-MG, j. em 20/09/2001).

Quanto aos honorários advocatícios fixados na r. sentença, prospera o apelo da autora reconvinda.

Dispõe o art. 85, §2º, 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".

O pedido da ação foi julgado procedente para i) determinar o cancelamento dos protestos e a exclusão do nome da autora dos cadastros de inadimplentes; ii) declarar a nulidade das duplicatas e iii) condenar os réus reconvintes ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$10.000,00 (fl. 351).

O valor dos honorários deve refletir o real proveito econômico obtido pela autora reconvinda com a demanda, não se limitando apenas ao valor da indenização dos danos morais, devendo os pedidos de cancelamento dos protestos e de nulidade das duplicatas, também acolhidos pelo Juízo a quo, serem considerados na base de cálculo dos honorários de sucumbência, além dos honorários contratuais de 10% indevidamente cobrados pelas requeridas reconvintes.

Tratando-se de sentença de dupla natureza, os honorários sucumbenciais devem ser calculados com base em 10% do proveito econômico obtido pela autora, ou seja, a soma dos valores dos protestos cancelados com o valor dos honorários indevidos e o valor da indenização dos danos morais, dando-se provimento ao recurso da autora nesse ponto.

Nesse sentido, precedente do C. STJ:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA

Acesso ao Sumário

DE DUPLA NATUREZA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS DE ACORDO COM O PROVEITO ECONÔMICO. PRETENSÃO DE MAJORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. Aplica-se o NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. Os honorários advocatícios foram fixados tomando em consideração ambos os pedidos, ressaltando-se, ainda, que inexistindo condenação se mostra descabida a pretensão de arbitramento com base no § 3º do CPC/73.

3. A verba honorária fixada com base no proveito econômico pretendido não está adstrita aos percentuais estabelecidos nos §§ 3º e 4º, do CPC/73, e, no caso, o valor arbitrado na decisão agravada não fere os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além de bem valorar corretamente os serviços prestados pelo advogado. Não se considera irrisório o valor dos honorários quando fixados em patamar superior a 1% do valor da causa. Precedentes.

4. Em virtude do não provimento do presente recurso, e da anterior advertência em relação a aplicabilidade do NCPC, aplica-se ao caso a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do NCPC, no percentual de 3% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º daquele artigo de lei.

5. Agravo interno não provido, com imposição de multa.

(AgInt no AREsp 1196865/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018)

Ainda, jurisprudência do TJSP:

Ação declaratória c.c. repetição de indébito e indenização por danos morais. Protesto indevido. Duplicatas. Débito declarado inexigível. Danos morais. Majoração. Honorários advocatícios que devem ser fixados com base no proveito econômico. Recurso parcialmente provido.

(TJ-SP - AC: 10005281520208260067 SP 1000528-15.2020.8.26.0067, Relator: Luis Carlos de Barros, Data de Julgamento: 03/08/2021, 20ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 03/08/2021)

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. Pedidos declaratório e condenatório acolhidos. Base de cálculo. Proveito econô-

Acesso ao Sumário

mico. Impossibilidade de aplicação do percentual arbitrado apenas sobre o valor da condenação ou sobre o valor da causa. Precedentes. Recurso parcialmente provido.

(TJ-SP - AC: 10022661820208260009 SP 1002266-18.2020.8.26.0009, Relator: Gilson Delgado Miranda, Data de Julgamento: 22/02/2021, 35ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/02/2021)

Ação declaratória de inexigibilidade de títulos - Cheques - Desconstituição - Pagamento - Ônus da prova - Impugnação ao valor da causa. 1 - Na ação de cancelamento de protesto, em razão de inexigibilidade de débito, cumulada com indenização por dano moral, o proveito econômico perseguido pelo autor, norteador do valor da causa, corresponde à somatória dos títulos, cumulada à quantia estimada a título de dano moral, nos termos do art. 292, II, V e VI, do NCPC. 2 - Para a desconstituição total ou parcial do cheque, o devedor deve provar, de forma irrefutável, cabal e convincente, que o título não tem causa ou essa é ilegítima ou demonstrar qualquer fato impeditivo ou extintivo do direito representado pelo documento. Ação improcedente. Preliminar rejeitada. Recurso improvido.

(TJ-SP 10436823920168260224 SP 1043682-39.2016.8.26.0224, Relator: Itamar Gaino, Data de Julgamento: 04/04/2018, 21ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 04/04/2018)

Por fim, não se conhece do recurso da autora reconvinda quanto à alegação de negativa do local de devolução dos contêiners, tratando-se de argumento não ventilado na petição inicial ou na contestação à reconvenção, apresentado de forma inédita apenas no recurso de apelação.

Aplica-se na espécie o princípio tantum devolutum quantum appellatum, não comportando conhecimento o recurso quanto ao tema.

Por tais fundamentos, **dá-se parcial provimento ao recurso da autora reconvinda, na parte conhecida**, para reformar a r. sentença determinando i) o recálculo do valor devido pela autora, subtraindo os honorários contratuais de 10%; ii) a condenação das rés em honorários advocatícios de sucumbência devidos ao patrono da autora arbitrados em 10% do proveito econômico obtido (art. art. 85, §2º, do CPC) na ação e **negando-se provimento ao recurso dos réus reconvintes.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005046-54.2017.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado FAST & FOOD IMPORTAÇÃO LOGISTICA E DISTRIBUIÇÃO LTDA., é apelado/

Acesso ao Sumário

apelante CINEMARK BRASIL S.A.

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento aos recursos. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.367)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente), JOÃO ANTUNES e ALMEIDA SAMPAIO.

São Paulo, 25 de julho de 2024.

HUGO CREPALDI, Relator

Ementa: APELAÇÕES - AÇÃO MONITÓRIA - Contrato de abastecimento relativo à venda e entrega de produtos pela autora à ré - Alegado inadimplemento da ré no que se refere aos serviços logísticos contratados, relativos aos meses de julho de 2012 a outubro de 2015 - Sentença de parcial procedência - Insurgência das partes - CERCEAMENTO DE DEFESA - Inocorrência - Teoria do livre convencimento motivado, nos termos dos artigos 370 e 371 do CPC - MÉRITO - "SUPRESSIO" - Inaplicabilidade - Não há como se aferir com segurança comportamento omissivo anterior que gere contradição com a atual pretensão de cobrança, tratando-se a hipótese de puro e simples inadimplemento contratual por parte da ré - ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA - Para a apuração do crédito em propagandas a que faz jus a autora, de rigor a incidência de correção monetária, mera recomposição do valor da moeda corroído pela inflação, não constituindo um "plus" à obrigação nem uma pena à inadimplente, e juros moratórios de 1% ao mês, contados a partir da citação - ERRO MATERIAL - Verificado - Valor da condenação não levou em consideração emenda à inicial que reduziu a pretensão da parte autora - Erro corrigido - DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS - Reforma - Sucumbência da ré - Honorários advocatícios recursais - Recursos parcialmente providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de Apelações interpostas por **PLATLOG IMPORTAÇÃO, LO-**

GÍSTICA E DISTRIBUIÇÃO LTDA. (NOVA DENOMINAÇÃO DE FAST & FOOD IMPORTAÇÃO, LOGÍSTICA E DISTRIBUIÇÃO LTDA.) e **CINEMARK S.A.**, nos autos da ação monitória que a primeira move contra a última, objetivando a reforma da sentença (fls. 1.224/1.228 e 1.248) proferida pela MMª. Juíza de Direito da 8ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro da Comarca de São Paulo, Dra. Cláudia Longobardi Campana, que julgou parcialmente procedente a ação para constituir, em favor da autora, título executivo judicial relativo à obrigação de fazer da ré, consistente em, no prazo de 60 (sessenta) dias após o fornecimento das mídias pela autora - o que deverá ser efetivado (e comprovado nos autos) no prazo de 30 (trinta) dias após o trânsito em julgado -, providenciar a veiculação, em telas, do material publicitário até o valor de R$ 3.480.380,66. O descumprimento de tal obrigação implicará a sua conversão em perdas e danos concretos a serem liquidados em execução de sentença, com correção monetária desde o ajuizamento da ação e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Em razão da sucumbência recíproca, cada parte ficou condenada a arcar com as custas a que deram causa, além de honorários de 10% sobre o valor da causa ao advogado da parte contrária.

Apela a autora (fls. 1.251/1.258) sustentando a necessidade de reforma da decisão impugnada no que tange i) à não determinação de incidência de juros e correção monetária ao valor devido desde o inadimplemento da obrigação, eis que positiva, líquida e com termo certo; ii) à configuração de sucumbência recíproca, tendo em vista que a requerida foi integralmente vencida.

Também recorre a ré (fls. 1.264/1.278) sustentando a necessidade de anulação da decisão impugnada, já que teria tido cerceado o seu direito de defesa, pois não lhe teria sido dada oportunidade de produzir a prova oral pleiteada (oitiva de testemunha), necessária, a seu ver, para demonstrar como se davam as tratativas entre as partes, a praxe comercial de que eventuais créditos para propaganda em tela não acumulavam de um ano para outro e a inércia da autora, que desde 2010 não encaminhou material publicitário para veiculação, tampouco demonstrou irresignação. No mérito sustenta a necessidade de reforma da sentença, eis que a cláusula de tolerância não afastaria a aplicação do instituto da *supressio*, derivado da cláusula geral da boa-fé objetiva. Afirma que desde o fim de 2010 a autora não encaminhou mais nenhuma mídia para veiculação, de forma que seu comportamento omissivo por seis anos teria feito com que perdesse o direito de exigir o cumprimento do disposto na cláusula 11 parágrafo quinto. Caso assim não se entenda, pugna pela correção de erro material em razão de ter constado no dispositivo da sentença o valor de 3.480.380,66, ignorando-se as emendas à inicial de fls. 929 e 933, nas quais a autora desistiu de parte da pretensão inicial e diminuiu o valor da causa para R$ 3.025.927,23.

Apresentadas contrarrazões (fls. 1.293/1.302 e 1.303/1.312), os apelos foram recebidos no duplo efeito (fl. 1.330).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Antes de enfrentar o mérito da ação, deve-se afastar a preliminar de cerceamento de defesa aventada pela parte requerida.

Não cabe anular o feito, já que a questão de mérito resolvida na sentença não depende da coleta de provas diversas das documentais acostadas aos autos, de maneira que o MM. Juiz está autorizado a julgar antecipadamente a lide, nos termos do artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil.

Importa destacar, desde logo, que o julgamento antecipado da lide, sem a produção das provas requeridas pelas partes, não viola os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Isso porque o ordenamento processual brasileiro adotou a teoria do livre convencimento motivado ou persuasão racional do juiz no tocante a análise das provas, não havendo, pois, provas com valores pré-estabelecidos, o que dá ao magistrado ampla liberdade para a análise dos elementos de convicção trazidos aos autos pelas partes.

Dessa forma, a doutrina assevera que:

"*O livre convencimento, como prerrogativa do juiz na apreciação dos fatos e de sua prova, é mais precisamente, por força do que a Constituição e a lei lhe impõem, um convencimento racional e motivado à luz dos autos. Essa é a interpretação do art. 131 do Código de Processo Civil, que institui o livre convencimento segundo os autos em associação com o dispositivo constitucional que exige a motivação das decisões judiciárias*" (DINAMARCO, Cândido Rangel, "*Instituições do Direito Processual Civil*", vol. III, 6ª Edição, Malheiros, São Paulo).

Igualmente, nos termos do artigo 370, Parágrafo único, do CPC, cabe ao Juiz da causa conduzir o processo de modo a evitar a produção de diligências desnecessárias ou inúteis à solução da lide, *in verbis*:

***Art. 370**. 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.

Cediço, então, que cabe ao Juiz, destinatário da prova colhida no curso da instrução, deliberar sobre a necessidade ou não da produção de determinada prova para formação de seu convencimento.

Sustentam esse mesmo entendimento os seguintes precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL - COMERCIAL - CERCEAMENTO DE DEFESA - INEXISTÊNCIA - PODER GERAL DE INSTRUÇÃO DO MAGISTRADO - FALÊNCIA - PEDIDO - SUCEDÂNEO DE AÇÃO DE COBRANÇA - AUSÊNCIA, NA ESPÉCIE - INTIMAÇÃO DO PROTESTO - REGULARIDADE - ENTENDIMENTO OBTIDO PELO EXAME DE CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO - ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ - DIVERGÊNCIA

Acesso ao Sumário

JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO - RECURSO IMPROVIDO.

I - O ordenamento jurídico brasileiro outorga ao Magistrado o poder geral de instrução no processo, conforme previsão expressa no artigo 130 do Código de Processo Civil. Outrossim, nos termos do art. 131 do CPC, o destinatário da prova é o Juiz, cabendo a ele analisar a necessidade da sua produção ou não. Neste compasso, cumpre ao Julgador verificar a necessidade da produção da prova requerida pelas partes, indeferindo aquelas que se mostrarem inúteis, desnecessárias ou mesmo protelatórias, rejeitando-se, por conseguinte, a tese de cerceamento de defesa.

II - A constatação do Tribunal de origem que o pedido de falência justifica-se pela ausência de cumprimento de obrigação, bem como na identificação de que houve anterior ajuizamento de execução de título extrajudicial que restou frustrada, afasta a alegação de utilização do pedido falimentar como sucedâneo de ação de cobrança.

III - Viável se mostra o protesto de título executivo tendo em conta que a sua finalidade é única: habilitar o credor a aviar a ação de falência da parte devedora. Todavia, para o protesto, é necessário que o credor tome providências preliminares, dentre elas, a intimação do devedor para fins de conhecimento e, consequentemente, defesa. Observância, in casu.

V - Não se admite recurso especial pela alínea "c" quando ausente a demonstração, pelo recorrente, das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados

V - Recurso especial improvido. (REsp 1108296/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, DJ: 07/12/2010; grifou-se).

PROCESSO CIVIL. ARREMATAÇÃO PELO CREDOR. OFERECIMENTO DE MAIS DE 50% DO VALOR DO BEM. ATUALIZAÇÃO DE LAUDO. INEXISTÊNCIA. PREÇO VIL. RECONHECIMENTO.

1. O indeferimento do pedido de produção de provas não implica violação ao direito da parte se os fatos a serem comprovados são inúteis ao deslinde da causa.

2. É possível ao credor participar do leilão de bem imóvel independentemente da concorrência de outros licitantes. Precedentes.

3. O juiz deve determinar de ofício a atualização do laudo de avaliação, quando entre sua realização e a data da alienação judicial decorrer tempo significativo.

4. É lícito ao devedor apresentar embargos à arrematação com fundamento em preço vil decorrente da falta de atualização, independentemente do questionamento da matéria antes da praça.

5. Recurso conhecido e provido. (REsp 1006387/SC, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ: 02/09/2010).

Acesso ao Sumário

No presente caso, a requerida sustenta o cerceamento de sua defesa porque o julgamento antecipado do feito não permitiu a produção de prova oral, necessária, ao seu ver, à demonstração de como seriam as tratativas entre as contratantes e que a autora não teria encaminhado material para publicidade por determinado lapso temporal ou se irresignado acerca disso.

Todavia, as provas produzidas eram suficientes para o deslinde do feito. E isso porque a oitiva de testemunhas não se mostrava necessária para a resolução da controvérsia, já que além do fato de que eventual alteração contratual deveria se dar na mesma forma do contrato - *in casu*, escrita -, a prova era eminentemente documental (a ser apresentada com os embargos monitórios) e a sua ausência torna desnecessária a dilação probatória, tratando-se, no mais, de questão de direito.

Assim, considerando que cabe ao Juiz deliberar sobre a necessidade ou não da produção de determinada prova para a formação de seu convencimento, sendo que a produzida (documental) se mostrou suficiente para a formação do convencimento do Julgador, verifica-se que não havia a necessidade de dilação probatória, que prolongaria desnecessariamente o feito, de modo que a interpretação das provas e a aplicação do direito cabiam ao magistrado desde logo, razão pela qual não há que se falar em cerceamento do direito de defesa da demandada.

Passo a apreciar o mérito.

Da análise dos autos se verifica ser incontroversa a celebração, em 31/01/2008, de contrato de abastecimento entre as partes, pelo qual a autora se comprometeu a fornecer (vender e entregar) produtos de gênero alimentício à ré, sendo que 30% do preço relativo a serviços logísticos seria pago pela ré mediante permuta com a veiculação de propagandas por empresas ligadas ao grupo da autora na rede de cinemas da requerida (cláusula 11ª, parágrafo quinto, fl. 29).

O contrato vigeu até 31/01/2016. Uma vez rescindido, a autora ingressou com a presente demanda pretendendo a constituição de título executivo para o recebimento dos valores relativos à referida permuta no período de janeiro a setembro de 2011 e julho de 2012 a outubro de 2015. Posteriormente, aditou a inicial para desistir da pretensão em relação ao ano de 2011, passando a pleitear o recebimento referente ao período de julho de 2012 a outubro de 2015 (fls. 929 e 933).

A pretensão autoral foi parcialmente acolhida pelo Juízo a quo, contra o que se insurgem as partes.

De início reputo inaplicável o fenômeno da supressio ao caso, que pode ser definido como a *"situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé"* (CORDEIRO, António Manuel da

Acesso ao Sumário

Rocha e Menezes. Da boa-fé no Direito Civil. 3ª ed., Coimbra: Almedina,2007, p. 797).

Deve-se ter em mente que, hodiernamente, "*a obrigação é vista como um processo (isto é, como uma série de atividades exigidas de ambas as partes para a consecução de uma finalidade), cuja finalidade é o adimplemento, evitando-se danos de uma parte à outra nessa trajetória, de forma que o cumprimento faça-se da maneira mais satisfatória ao credor e menos onerosa ao devedor*" (FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: obrigações, volume 2. 13ª ed., Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 147).

Assim, se a autora deixou de encaminhar as mídias com as propagandas para veiculação, é igualmente certo que a ré se omitiu em lhe cobrar um posicionamento a respeito, colocando-se em inadmissível posição de receber os serviços contratados sem lhes remunerar integralmente - veja-se que relevante parcela do preço referente ao serviço logístico, qual seja, 30%, adviria justamente desta publicidade.

Se a ré tivesse notificado a autora, advertindo-a acerca da impossibilidade de cumprir sua obrigação de veicular os anúncios ante o não encaminhamento destes, e ela ainda assim se mantivesse inerte, poder-se-ia cogitar a sua inequívoca falta de interesse e a existência de comportamento omissivo caracterizador da *supressio*.

Não há, aqui, como se aferir com segurança comportamento omissivo anterior que gere contradição com a atual pretensão de cobrança, tratando-se a hipótese de puro e simples inadimplemento contratual por parte da ré. Esta, portanto, não possuía verdadeira expectativa de que não fosse ser cobrada, restando-lhe apenas torcer para tanto até o decurso do prazo prescricional.

E não há como negar que apesar de se tratar de condenação em obrigação de fazer, esta é proveniente de quantias líquidas. De rigor, portanto, que, para a apuração do crédito em propagandas a que faz jus a autora, sobre estas, independentemente da conversão em perdas e danos, incidam correção monetária, mera recomposição do valor da moeda corroído pela inflação, não constituindo um plus à obrigação nem uma pena à inadimplente, e juros moratórios de 1% ao mês contados a partir da citação.

Ressalta-se que o contrato celebrado entre as partes não traz termo certo para o vencimento da utilização dos créditos da permuta, de forma que a constituição em mora depende da interpelação da devedora.

Em outras palavras, não havendo estipulação de prazo para o vencimento, a mora começa com a interpelação, notificação ou protesto é a denominada *mora ex persona*.

A constituição em mora, portanto, se deu efetivamente a partir da citação da requerida, momento a partir do qual devem incidir os juros moratórios.

Deve-se acolher, por outro lado, o apelo da requerida em relação ao evi-

Acesso ao Sumário

dente erro material constante na sentença relacionado ao valor da obrigação de fazer. Isto porque no dispositivo da sentença não se levou em consideração os mencionados aditamentos à petição inicial em que a parte autora desistiu da pretensão em relação ao ano de 2011 e reduziu o valor da causa para R$ 3.025.927,23 (fls. 929 e 933).

Assim, deve passar a constar a condenação da ré na obrigação de fazer até o valor de R$ 3.025.927,23.

Quanto à distribuição dos ônus sucumbenciais, com razão a requerente.

Isso porque a autora obteve êxito no pedido de constituição de título executivo judicial relativo à obrigação de fazer, mesmo que em forma diversa da pleiteada na inicial (requereu o depósito em conta corrente do valor para uso em propaganda e foi determinado providenciar a veiculação do material publicitário até o valor citado), todavia com o mesmo proveito econômico correspondente, de forma que cabe mesmo à ré arcar com o pagamento da integralidade das custas, despesas processuais e honorários advocatícios do patrono da autora.

Assim, reforma-se a distribuição dos ônus sucumbenciais para que fique a requerida condenada ao pagamento da integralidade das custas e despesas do processo, além de honorários em favor dos advogados da parte autora de 15% do valor atualizado da causa, considerando a majoração para a fase recursal, consoante disposto nos §§1º, 2º e 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil.

De rigor, portanto, a reforma da sentença para que a apuração do crédito em propagandas a que faz jus a autora seja acrescida de correção monetária, além de juros de mora de 1% ao mês desde a citação, corrigir erro material para que o valor da condenação na obrigação de fazer passe a ser de R$ 3.025.927,23 e redistribuir os ônus sucumbenciais.

Pelo exposto, dou parcial provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1060367-98.2022.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CLARO S/A, é apelada RUTE GONÇALVES DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.242)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO (Presidente) e LUÍS ROBERTO REUTER TORRO.

São Paulo, 23 de julho de 2024.
DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT, Relatora

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Prestação de serviços. Telefonia móvel. Demandante que reclama falha na prestação de serviço da ré, a pretexto de portabilidade indevida da linha telefônica indicada para Operadora demandada, sem o seu consentimento. SENTENÇA de procedência. APELAÇÃO da Operadora de telefonia ré, que insiste na preliminar de carência de ação por falta de interesse processual, pugnando no mérito pela improcedência, com pedido subsidiário de redução da indenização moral arbitrada. EXAME: Carência de ação não configurada. Relação contratual que se sujeita às normas do Código de Defesa do Consumidor. Causa fundada em hipótese de fato do serviço, com a inversão legal do ônus da prova, a teor do disposto no artigo 14, § 3°, da Lei 8.078/90. Fornecedora ré que não comprovou a solicitação da portabilidade pela consumidora. Declaração de inexistência da relação jurídica de portabilidade da linha móvel da autora da Operadora Vivo para a Operadora ré bem decretada. Ônus da prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, do qual a ré não se desincumbiu. Aplicação do artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil. Falha na prestação dos serviços de telefonia móvel bem configurada nos autos. Fornecedora que foi desidiosa quanto ao cumprimento da obrigação de fazer consistente no restabelecimento da linha telefônica da consumidora. Dano moral indenizável bem configurado. Indenização correspondente que deve ser mantida na quantia de R$ 7.000,00, ante as circunstâncias específicas do caso concreto, além dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade. Verba honorária devida ao Patrono da autora que comporta majoração para doze por cento (12%) do valor da condenação "ex vi" do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de **"*Ação de Obrigação de Fazer c.c. Indenização por Danos Morais*"** ajuizada por Rute Gonçalves de Souza contra Claro S.A. alegando que "*... mantinha com a empresa Vivo contrato de prestação de serviços de telefonia móvel e internet. Contudo, em 01/04/2022, a requerente recebeu um SMS comunicando que seu serviço de telefonia móvel e internet havia sido transferido para a operadora Claro por intermédio de portabilidade. Afirmou que não solicitou e não autorizou referida portabilidade. Formalizou reclamação perante o SAC da ré e até o ajuizamento da ação não havia recebido respostas. Sustentou que ficou longo período privada dos serviços de telefonia e internet em decorrência da conduta da ré. Requereu a procedência da ação para: a) declarar inexigível a portabilidade dos serviços de telefonia móvel e internet da operadora Vivo para a ré; b) declarar inexigível a cobrança de todo e qualquer valor decorrente da portabilidade e c) condenar a ré a pagar R$ 15.000,00, a título de indenização por danos morais*", conforme relatado na fl. 149.

A MMª. Juíza "*a quo*" proferiu a r. sentença apelada, decidindo "*in verbis*": "*...JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados pela autora, para: a) declarar a inexistência da relação jurídica de portabilidade da linha móvel da autora da operadora Vivo para a ré Claro, devendo a requerida tomar as providências necessárias ao retorno das partes ao 'status quo ante'; b) declarar a inexistência de quaisquer débitos gerados em decorrência da indevida portabilidade da linha móvel da autora para a ré e c) condenar a ré a pagar à autora, a título de indenização por danos morais, o montante de R$ 7.000,00 (sete mil reais), corrigidos pela tabela do TJSP a partir da data do arbitramento (Súmula 362 do STJ), acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Nos termos da Súmula n. 326 do STJ (Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca) e do artigo 86, parágrafo único, do CPC, condeno a ré ao pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo, em conformidade ao artigo 85, §2º, do Código de Processo Civil, em 10% do valor da condenação, atenta ao tempo decorrido, ao grau de complexidade da demanda e ao correspondente trabalho realizado pela patrona*" ("*sic*", v. fls. 149/153).

Os Embargos de Declaração opostos pela ré foram rejeitados (fls. 156/159 e 161).

Inconformada, apela a ré insistindo na preliminar de carência de ação por falta de interesse processual, pugnando no mérito pela improcedência, com pedido subsidiário de redução do "*quantum*" indenizatório arbitrado (fls. 176/188).

Anotado o Recurso, a autora apresentou contrarrazões arguindo preliminar de deserção e pugnando no mérito pela manutenção da sentença (fls.

Acesso ao Sumário

176/188).

É o **relatório**, adotado o de fl. 439.

A Apelação comporta conhecimento, porquanto observados os requisitos de admissibilidade no tocante (v. artigos 1.009 e seguintes do Código de Processo Civil).

Impõe-se, por primeiro, afastar a arguição de deserção do Recurso da ré, formulada em sede de contrarrazões pela autora. É que a condenação fixada na sentença é composta de parte líquida e parte ilíquida. Essa circunstância basta para justificar o valor recolhido como suficiente para o preparo em questão.

No que tange à preliminar de carência de ação por falta de interesse processual, não comporta deveras acolhida. É que a pretensão de declaração de inexistência da portabilidade em questão foi veiculada através de Ação adequada, havendo nítida resistência recursal por parte ré, inclusive reforçada pelo Recurso de Apelação apresentado.

Quanto ao mérito, malgrado o teor das razões recursais, a r. sentença apelada deve ser mantida ante o correto desate da causa.

Com efeito, o caso versa relação de consumo, sujeito portanto às normas do Código de Defesa do Consumidor, que preveem a aplicação da inversão do ônus da prova em favor do consumidor, para a facilitação da defesa, determinando a interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor e coibindo aquelas que estabeleçam desvantagem exagerada em benefício de Fornecedor, além do dever de informação precisa quanto aos produtos e serviços comercializados (v. artigos 6º, incisos III e VIII, 47 e 51 da Lei nº 8.078/90).

Demais, a ré, na condição de Operadora de telefonia, é Concessionárias de serviço público, cabendo a ela a prova da regularidade dos serviços prestados ao contratante, com a disponibilidade da linha telefônica contratada (artigos 3º, incisos I, IV, VII, VIII, X, XI e XII, 5º, 63, parágrafo único, 79, "caput", e §2º, 127, incisos III, V e VIII, todos da Lei nº 9.472/97).

Ora, fundada a causa em hipótese de **fato do serviço**, tem-se que a responsabilidade civil atribuída à Prestadora é de natureza objetiva, ante a adoção da teoria do risco empresarial, com a possibilidade de eximir-se da reparação dos danos somente quando provada a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, nos termos do artigo 14, § 3°, da Lei 8.078/90, que "*in verbis*" estabelece:

> "*Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*
> *§ 1° O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as*

Acesso ao Sumário

circunstâncias relevantes, entre as quais:
I - o modo de seu fornecimento;
II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
III - a época em que foi fornecido.
(...)
§ 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro."

No caso dos autos, cabia à ré a prova da regularidade dos procedimentos adotados. Contudo, ela não trouxe aos autos qualquer prova que desse amparo à regularidade da portabilidade da linha telefônica da autora. Além disso, a demandada não deduziu em seu Recurso qualquer argumento hábil a alterar a solução dada à causa pela MMª. Juíza sentenciante.

Tem-se, portanto, que a ré deixou de apresentar qualquer elemento impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, nos termos do artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil, ou ainda das excludentes de responsabilidade previstas no sobredito artigo 14, § 3º, da Lei de Consumo, evidenciando com essa conduta flagrante violação aos princípios que preconizam e asseguram a obrigatoriedade dos contratos, a boa-fé objetiva, a segurança jurídica e a justa expectativa do contratante (v. artigo 422 do Código Civil).

No mais, embora as razões recursais da ré, ora apelante, o fato é que houve injustificada e indevida interrupção do serviço contratado, além dos seguidos transtornos causados na tentativa de solução do problema, inclusive com lavratura de Boletim de Ocorrência, sendo patente o padecimento moral da demandante no caso dos autos (v. artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal e artigo 187 do Código Civil e fls. 176/184, 187 e 195).

Ressalta-se, aliás, que o Boletim de Ocorrência juntado com a inicial tem força probatória que somente seria afastada ante a prova contrária no tocante.

No que tange ao "*quantum*" indenizatório, tem-se que a indenização moral arbitrada na sentença em R$ 7.000,00 deve ser mantida no mesmo patamar, porquanto suficiente para a reparação moral em questão ante os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, as peculiaridades do caso concreto e os valores indenizatórios determinados na prática Judiciária deste E. Tribunal de Justiça. Demais, essa indenização não avilta o sofrimento da autora nem implica enriquecimento sem causa e servirá ainda para desestimular a reiteração dessa conduta pela Operadora ré, considerando também os inconvenientes naturais suportados pelo autor e a necessidade de intervenção judicial, além do elevado nível econômico da demandada.

Resta a rejeição do Recurso por conseguinte.

A propósito, eis a Jurisprudência:

Acesso ao Sumário

1014443-79.2022.8.26.0482
Classe/Assunto: Apelação Cível / Telefonia
Relator(a): Dario Gayoso
Comarca: Presidente Prudente
Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado
Data do julgamento: 20/03/2024
Data de publicação: 20/03/2024
Ementa: APELAÇÃO - TELEFONIA - OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AUTORES QUE TIVERAM A PORTABILIDADE DE SUA LINHA TELEFÔNICA MÓVEL EFETIVADA PELA REQUERIDA PARA A OPERADORA "SURF TELECOM" SEM CONSENTIMENTOS. ALEGAÇÃO DE PREJUÍZO MATERIAL EM RAZÃO DA DEMORA PARA RECUPERAR A LINHA; E, DE ABALO MORAL. ***RESPEITÁVEL SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA CONDENANDO AS REQUERIDAS, SOLIDARIAMENTE, AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS ARBITRADA EM R$ 7.000,00.*** *APELA A REQUERIDA TELEFÔNICA SUSTENTANDO AUSÊNCIA DA VEROSSIMILHANÇA NAS ALEGAÇÕES DOS AUTORES AO MENCIONAR FALTA DE ATENDIMENTO DA POR OCASIÃO DA EVENTUAL INDISPONIBILIDADE DA CONEXÃO. CONCLUI NÃO ESTAR CARACTERIZADO O DANO MORAL. CADEIA DE CONSUMO DE FORNECEDORES.* ***PORTABILIDADE DA LINHA TELEFÔNICA NÃO SOLICITADA PELO CONSUMIDOR - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS EMPRESAS DE TELEFONIA ENVOLVIDAS NA ALTERAÇÃO - PRECEDENTE. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. ARBITRAMENTO DA INDENIZAÇÃO QUE OBEDECE AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.*** *RECURSO DESPROVIDO.*
1004448-14.2018.8.26.0084
Classe/Assunto: Apelação Cível / Telefonia
Relator(a): Sergio Alfieri
Comarca: Campinas
Órgão julgador: 36ª Câmara de Direito Privado
Data do julgamento: 13/05/2021
Data de publicação: 13/05/2021
Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Prestação de serviços. Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos materiais e morais. Sentença de procedência. Insurgência recursal da ré. Não acolhimento. ***Empresa de telefonia que permitiu a transferência de titularidade da linha telefônica sem pedido do autor. Habilitação do número do autor em novo chip que proporcionou a utilização de seus dados por terceiros desconhecidos, com transferência indevida de valores da conta bancária. Falha na prestação dos serviços configurada. Danos materiais comprovados. Danos morais configurados. Fixação da in-***

Acesso ao Sumário

denização no valor de R$5.000,00 que se mostrou adequada e proporcional. *Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.*

Impõe-se, pois, a rejeição do Recurso, ficando mantida a r. sentença apelada pelos próprios e jurídicos fundamentos, inclusive no tocante às verbas sucumbenciais, mas com a majoração da honorária devida ao Patrono da autora para doze por cento (12%) do valor da condenação, "ex vi" do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, nega-se provimento ao Recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010470-22.2023.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante URBAN 1 BAR LTDA., é apelado JEAN GOMES DOS ANJOS (JUSTIÇA GRATUITA).

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 41677)**

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

São Paulo, 30 de julho de 2024.

MILTON CARVALHO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Autor agredido por seguranças da casa noturna ré. Sentença de procedência.

Autor que foi expulso do estabelecimento por seguranças após discussão com funcionários. Autor que, até o momento em que deixou o local, estava incólume. Autoridade policial que compareceu ao estabelecimento da ré, encaminhando o autor à UPA, em razão dos ferimentos constatados. Fatos incontroversos. Excludente de responsabilidade. Culpa exclusiva da vítima. Descabimento. Origem da discussão que, no caso, é irrelevante. Eventual comportamento inadequado do consumidor que justificava apenas a sua expulsão do estabelecimento. Agressões físicas cometidas contra o autor após ele ter sido colocado para fora do bar. Ilícito configurado.

Acesso ao Sumário

Relação de consumo. Responsabilidade objetiva. Inteligência do art. 14 do CDC. Testemunhas arroladas pela ré que não presenciaram o momento das agressões. Inexistência de outras provas produzidas pela ré. Ré que não logrou comprovar a regularidade da prestação de seus serviços. Inteligência do art. 6º, VIII, do CDC. Precedentes.
Danos morais configurados. Autor que sofreu hematoma orbitário esquerdo e escoriações em região periorbitária direita. Lesão corporal de natureza leve. Boletim de ocorrência, fotografias e laudo do IML. Indenização mantida em R$7.000,00, considerando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como as circunstâncias do caso concreto.
Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais julgada procedente pela respeitável sentença de fls. 138/147, cujo relatório se adota, para condenar a ré a pagar ao autor o valor de R$7.000,00, a título de indenização por danos morais, com correção monetária a partir da data de seu arbitramento, e acrescido de juros de mora desde a data do evento danoso. Sucumbente, à ré incumbiu o pagamento das custas e despesas processuais, com honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da condenação.

Inconformado, ***apela o réu***, sustentando que foi o autor quem iniciou a agressão; que a culpa é exclusiva do autor pelos fatos que deram origem ao suposto dano moral, uma vez que foi expulso do estabelecimento em virtude de seu comportamento inadequado e violento; que o boletim de ocorrência confirma que não houve agressão física deliberada por parte dos seguranças do estabelecimento; que o autor atirou lata de bebida em uma das funcionárias e agrediu com soco um dos seguranças; que as agressões perpetradas pelo autor foram confirmadas pela testemunha Artur Menezes dos Santos; que a referida testemunha declarou que o autor não foi agredido pelos seguranças; que o autor se identificou como guarda municipal, furtando-se da revista pessoal e intimidando os funcionários; que o prontuário médico do autor prova que ele se identificou como *GCM*; que, assim, o apelado faz uso da própria conduta ilícita para obter vantagem; que os seguranças agiram no estrito dever funcional de preservar a segurança de outros frequentadores do estabelecimento; que não houve defeito na prestação do serviço; que há excludente de responsabilidade; que o autor sequer identificou o agressor em seu boletim de ocorrência, tampouco pediu a representação no prazo legal; que a inversão do ônus da prova não

Acesso ao Sumário

é automática e que, no caso, não é possível incumbir à ré a produção de prova de fato negativo; que não há provas da alegada agressão cometida pelos seguranças; que o autor não se desincumbiu do ônus da prova; que inexiste dever de indenizar; que o *quantum* arbitrado pelo Juízo *a quo* a título de indenização por danos morais é excessivo e desproporcional; que a lesão apontada pelo autor foi de natureza leve; que o autor não sofreu outras repercussões em decorrência dos acontecimentos narrados, como constrangimento perante terceiros, perigo de vida, incapacidade para o trabalho, entre outras; que, assim, caso mantida a condenação ao pagamento da indenização, essa deve ser ficada em patamar razoável, no valor máximo de 1 salário-mínimo. Requer a reforma da sentença e, subsidiariamente, a redução do valor da indenização (fls. 150/164).

Houve resposta (fls. 172/180).

É o breve relato.

O recurso não merece provimento.

Narra a petição inicial que, no dia 06/06/2022, o autor estava acompanhado de amigos no estabelecimento comercial da ré, quando se desentendeu com a equipe de segurança do local, sobre uma peça para o uso de *narguilé*, pela qual já havia pagado. Aduz que recebeu diversos socos dos funcionários, causando lesões físicas, constrangimento e abalo à sua honra. Requer, assim, a condenação da ré ao pagamento de R$ 20.000,00 a título de danos morais.

Sobreveio a respeitável sentença de fls. 138/147, nos termos referidos, motivando a interposição do presente recurso.

E, em que pese o inconformismo manifestado, a respeitável sentença não merece reparos.

Desde já, cumpre observar que a alegação da ré de que não há provas de que as lesões físicas sofridas pelo autor foram causadas por seus seguranças é descabida.

A ré não nega que o autor foi expulso do seu estabelecimento por seguranças, em razão de desentendimento iniciado no andar superior; desentendimento que é confirmado de forma unânime pelas testemunhas. As lesões físicas sofridas pelo autor na mesma data também foram cabalmente demonstradas, conforme laudo de fls. 20/21 e fotografias de fls. 22/23.

Logo após o incidente, a autoridade policial foi chamada para comparecer no estabelecimento da própria ré, ao que o autor foi encaminhado à UPA Central pelos militares, em razão dos ferimentos constatados, onde foi medicado e liberado (fls. 16/19).

E, ainda que a ré negue a agressão, considerando que o autor não estava lesionado antes de entrar no estabelecimento da ré e que é incontroversa a ocorrência de desentendimento entre os seguranças e o autor, que foi expulso do local, é razoável presumir que o autor sofreu lesões físicas por aqueles envolvidos no evento.

Acesso ao Sumário

Ademais, a ré sequer ofereceu versão alternativa para os fatos narrados na inicial, e não há nenhum indício de que terceiro estivesse envolvido no incidente.

Nessas circunstâncias, considerando o as provas disponíveis nos autos, impõe-se reconhecer que as lesões físicas suportadas pelo autor foram causadas pelos prepostos da ré.

Nesse sentido:

APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAL. ***ABORDAGEM REALIZADA POR SEGURANÇAS DE CASA NOTURNA QUE RESULTARAM EM AGRESSÃO FÍSICA AO AUTOR. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC). RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA RÉ.*** *DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO CORRETAMENTE ARBITRADA, CONSIDERADAS AS PARTICULARIDADES DO CASO, EM R$ 15.000,00. RECURSOS DA RÉ E DO AUTOR IMPROVIDOS.* ***1.- O entrevero entre o autor e seguranças do estabelecimento réu é incontroverso, bem como sua lesão corporal. Dentro de suas possibilidades, o autor comprovou os fatos constitutivos do seu direito à luz do art. 373, I, do Código de Processo Civil (CPC). A prova oral produzida confere verossimilhança à alegação de que foi lesionado ao ser arrastado para fora por segurança do local, de forma truculenta. Competia à requerida provar que seus prepostos agiram de maneira diligente na prestação de seus serviços, em observância ao disposto no artigo 6º, VIII, do CDC, ônus do qual não se desincumbiu. Ainda que a ré negue a agressão, não é possível acreditar que os seguranças conduziram o autor para fora do estabelecimento sem qualquer agressão, conforme se dessume dos elementos dos autos. É verdade que os frequentadores devem respeitar regras de conduta e regulamento da casa noturna. No entanto, não é possível considerar adequado que os seguranças, cuja função é manutenção da ordem, agridam fisicamente os consumidores por comportamento inadequado, atrevido ou indelicado.*** *Os seguranças possuem o treinamento para lidar com comportamentos desse jaez, sendo desnecessária a agressão física. 2.- Para que ocorra dano moral é preciso a existência de uma dor subjetiva, que fugindo à normalidade do homem médio venha lhe causar quebra em seu equilíbrio emocional interferindo intensamente em seu bem-estar. Evidente o dano psicológico suportado pelo autor no evento noticiado na petição inicial. Decretado, resta ao juiz perquirir qual a sua extensão, para então fixar o "quantum" indenizatório. No presente caso, analisado o que consta dos autos, suas particularidades, e ainda a situação financeira de ambas as partes, viá-*

vel a indenização de R$ 15.000,00, por considerar que a quantia está em consonância com outros valores concedidos e mantidos por esta 31ª Câmara de Direito Privado do TJSP em casos análogos. **(TJSP; Apelação Cível 1009512-94.2017.8.26.0001; Rel. Adilson de Araujo; 31ª Câmara de Direito Privado; j. 18/05/2021)** (realce não original).

Sustenta a apelante que o autor agiu de forma violenta e inadequada, o que justificou a ação dos seguranças. De outra parte, sustenta o autor que foi agredido injustamente pelos seguranças da ré.

No boletim de ocorrência lavrado pela autoridade policial constou que *Diante das* ***versões contraditórias de todos*** *os ouvidos nesta unidade e que* ***não foram apresentadas testemunhas da agressão****, determinou a autoridade policial o presente registro, expedindo requisição de exame pericial junto ao IML para Jean* (fls. 18) (realce não original).

Leonardo Lima Simões, ouvido como informante em razão de ser amigo do autor, afirmou apenas que visualizou um segurança da ré *pegando* o autor *pelo pescoço*, mas não conseguiu escutar o que era dito, porque estava em andar diferente do autor quando o desentendimento se iniciou, e o local estava com muito barulho. Ao ser questionado se *chegou a ver quem foi que proferiu esse soco contra* o autor, Leonardo respondeu categoricamente que *foi um dos seguranças da casa* (5min25s).

A testemunha ***Artur Menezes dos Santos*** somente compareceu ao local após o início do desentendimento, de forma que não presenciou sua origem, e deixou o local antes que se iniciasse a *briga* (ação física), não sabendo dizer se houve agressão mútua, ou se essa ocorreu dentro ou fora do estabelecimento. Afirmou, contudo, que o autor atingiu funcionária do bar com uma lata de cerveja, e que estava jogando bebida em clientes.

A testemunha compromissada ***Tatiana Mercer dos Santos***, gerente da ré, afirmou que houve discussão no andar superior, contudo, as agressões físicas foram iniciadas pelo autor no andar inferior. Relata que os funcionários apenas discutiram com o autor para que ele deixasse o estabelecimento, respondendo o autor com um *murro* no segurança (a partir de 26min20), o que fez com que os demais seguranças o colocassem para fora. **Afirma que até aquele momento o autor não estava machucado.**

Como se vê, em audiência, nenhuma das testemunhas e informante ouvidos em audiência têm conhecimento acerca do que ocorreu após o autor ter sido colocado para fora do estabelecimento, tampouco presenciaram o momento da agressão que causou o *HEMATOMA ORBITÁRIO ESQUERDO* e *ESCORIAÇÕES EM REGIÃO PERIORBITÁRIA DIREITA* (fls. 21).

Nesse contexto, as testemunhas da ré não podem fazer prova em relação ao que de fato interessa para o deslinde do feito, que eram as agressões. O que se sabe, de forma segura, é que houve discussão no interior do estabelecimento,

Acesso ao Sumário

a qual foi seguida da expulsão do autor que, até então, não possuía lesões, e que o hematoma e as escoriações foram causados após o autor ter sido colocado para fora do local.

A origem da discussão é, ademais, irrelevante. Ainda que se admitisse a versão da ré, no sentido de que o autor deu início à discussão, não se admite que os seus seguranças, depois de já terem legitimamente feito uso razoável da força para expulsar o autor do estabelecimento, infligissem lesão física ao autor.

Isto é, uma vez excluído do ambiente interno, o autor não mais representava qualquer ameaça aos funcionários ou clientes, de forma que o uso de força física contra ele ultrapassa a necessidade e a razoabilidade, sendo descabida a tese de que os danos foram causados por culpa exclusiva da vítima.

A propósito, constou da respeitável sentença apelada:

*Em suma, do que se depreende da prova dos autos, **o autor sofreu lesão corporal quando da sua retirada do estabelecimento pela equipe de seguranças após um desentendimento com prepostos da requerida.***

***Não restou minimamente demonstrado que as lesões foram provocadas em contexto em que o requerente precisou ser contido mediante o emprego de violência para preservação da segurança de terceiros**. Os relatos que apontam para esse cenário que busca justificar as agressões são imprecisos e **não há nenhum elemento de prova concreto que demonstre que o autor agrediu outros frequentadores ou qualquer um dos seguranças da boate**. Também não se trata de contexto em que houve agressões generalizadas ou qualquer excepcionalidade que indique a ausência de ilicitude da conduta* (fls. 143) (realce não original).

Note-se que, para afastar a responsabilidade da ré, que é de natureza objetiva, cabia a ela o ônus de demonstrar a regularidade de seus serviços ou a ocorrência de causas excludentes, notadamente a culpa exclusiva de terceiro, culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Contudo, a ré se limitou a alegar, genericamente, a adequação da ação de seus prepostos e a culpa exclusiva da vítima.

Assim, cabia à ré o ônus probatório, notadamente quanto às excludentes de inexistência de defeito ou culpa exclusiva da vítima ou terceiro, o que não o fez.

Desta maneira, imperioso concluir que o serviço oferecido pela apelante foi defeituoso, pois frustrou a legítima expectativa de segurança do consumidor, tal como definido no parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a responsabilidade objetiva do fornecedor, excluída nas hipóteses do parágrafo terceiro, do que não se desincumbiu a apelante, fornecedora, de demonstrar.

Nesse sentido:

APELAÇÃO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANOS MATERIAIS E MO-

Acesso ao Sumário

*RAIS - **Autor agredido por seguranças da casa noturna pertencente à requerida** - Sentença de parcial procedência - Condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais - Insurgência da requerida - **Agressão física desproporcional sofrida pelo autor - Fatos devidamente comprovados pela prova documental - Boletim de ocorrência, fotografias e laudo do IML - Relação de consumo - Responsabilidade objetiva - Requerida que não comprova qualquer excludente de ilicitude** - DANOS MORAIS - Configuração - Falha constatada que ultrapassa os limites do aceitável, do mero aborrecimento, de modo que a lesão subjetiva surge como consequência inexorável, restando configurado o dano moral e o dever legal de indenizá-lo - "QUANTUM" INDENIZATÓRIO - Manutenção do valor arbitrado em Primeiro Grau - Quantia que, diante das circunstâncias do caso se mostra adequado para sanar de forma justa a lide, atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade - Honorários advocatícios recursais - Negado provimento.* **(TJSP; Apelação Cível 1029308-23.2017.8.26.0405; Rel. Hugo Crepaldi; 25ª Câmara de Direito Privado; j. 30/07/2021)** (realce não original).

*RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. **CONJUNTO PROBATÓRIO INDICANDO QUE O CORRÉU HERBERT PRESTAVA SERVIÇOS DE SEGURANÇA PARA A CASA NOTURNA-RÉ E AGREDIU O AUTOR COM SOCOS E PONTAPÉS. AUSENTE COMPROVAÇÃO DE QUE APENAS SE VOLTOU CONTRA AGRESSÃO INJUSTA DO CLIENTE-AUTOR**. VERIFICAÇÃO DE VALIDADE DA CITAÇÃO DA CASA NORTUNA E **RESPONSABILIDADE OBJETIVA, NOS TERMOS DO ART. 932, III, e 933, DO CÓDIGO CIVIL. DANOS MORAIS CONFIGURADOS,** ENGLOBANDO O DANO ESTÉTICO. MANUTENÇÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO. DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS. PROVAS DOS AUTOS INSUFICIENTES E FRÁGEIS PARA CONDENAÇÃO DOS CORRÉUS TIAGO E WASHINGTON, POSTO QUE AUSENTE COMPROVAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO NAS AGRESSÕES SOFRIDAS PELO AUTOR. SENTENÇA MANTIDA, COM DETERMINAÇÃO QUANTO AOS HONORÁRIOS RECURSAIS. Recursos de apelação improvidos, com determinação.* **(TJSP; Apelação Cível 0068880-76.2012.8.26.0114; Rel. Cristina Zucchi; 34ª Câmara de Direito Privado; j. 17/06/2019)** (realce não original).

*Apelação. Responsabilidade civil. Imputação de agressão praticada por seguranças de casa noturna. **Relação de consumo. Vício de serviço. Ônus da prova a cargo da ré quanto às excludentes de inexistência de defeito ou culpa exclusiva da vítima ou terceiro (art. 14, §3º do CDC).** Autor que apresentou testemunha corroborando sua versão. **Ré que sequer***

Acesso ao Sumário

arrolou como testemunha os vários seguranças, cuja lista dispunha e apresentou, os quais teriam presenciado o fato*. [...]. Vício do serviço caracterizado****. Ocorrência de distúrbio entre clientes e presença de pessoas potencialmente embriagadas são fatos previsíveis num estabelecimento desta natureza, havendo contratação dos seguranças justamente para evitar e controlar situações deste jaez, de modo que injustificável que os seguranças atuem com truculência, com emprego exagerado da força. Responsabilidade civil caracterizada. Dano moral in re ipsa pela lesão à integridade física e prática da agressão****. Dano material que decorre direta e imediatamente dos fatos, consistindo em despesa com medicamento e perda da remuneração do dia de trabalho no período da convalescença. Recurso provido, com aplicação da pena de litigância de má-fé.* **(TJSP; Apelação Cível 1007230-11.2015.8.26.0565; Rel. Enéas Costa Garcia; 1ª Câmara de Direito Privado; j. 13/11/2018)** (realce não original).

Sem dúvida que a lesão à integridade física da pessoa enseja a reparação por dano moral, pois a violação da incolumidade física da pessoa, projeção do direito de personalidade, por si, impõe a quem o tenha causado o dever de compensá-lo.

A indenização, com efeito, deve ser estabelecida em importância que, dentro de um critério de prudência e razoabilidade, considere sua natureza punitiva e compensatória - a primeira, como uma sanção imposta ao ofensor, por meio da diminuição de seu patrimônio, e a segunda, para que o ressarcimento traga uma satisfação que atenue o dano havido.

No que tange ao valor da indenização, a razoabilidade na fixação do *quantum* consiste, principalmente, na análise das circunstâncias em que se deu o fato lesivo e de sua repercussão sobre a esfera de direitos da vítima, bem como do nível econômico do ofendido e do porte econômico dos ofensores.

Afinal, a condenação por dano moral deve ser expressiva o suficiente para compensar o sofrimento, o transtorno, o abalo, a angústia causada do ofendido, e para penalizar os causadores do dano, observando a sua responsabilidade pelo fato, o grau de sua culpa e sua capacidade econômica.

Assim, não há que se falar em indenização inexpressiva, pífia, que gera a impunidade e o descaso nas relações civis, no que diz respeito ao causador do fato, nem em exorbitância que acarreta o enriquecimento sem causa, no que diz respeito ao ofendido.

E, levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto, conclui-se que o valor da indenização por dano moral deve ser mantido no valor fixado em sentença de R$7.000,00, quantia esta que se mostra razoável e suficiente para repreender a ré, ao mesmo tempo em que compensa a vítimas pelo prejuízo experimentado, sem, contudo, gerar para ele enriquecimento sem causa. Aliás, o

Acesso ao Sumário

patamar não se encontra distante de outros já praticados nos julgados referidos.

Assim, por ter dado adequada solução à lide, a respeitável sentença deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por fim, nos termos do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil, majoram-se os honorários advocatícios fixados para 12% do valor da condenação, em observância ao trabalho adicional realizado em grau de recurso e aos critérios previstos no §2º do mesmo artigo 85.

Por tais fundamentos, ***nega-se provimento*** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001931-14.2021.8.26.0704, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOSÉ FIRMINO FERREIRA FILHO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ARY ALMEIDA NORMANHA.

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 40.459)**

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

São Paulo, 25 de julho de 2024.

WALTER FONSECA, Relator

Ementa: REINTEGRAÇÃO DE POSSE - PROCEDÊNCIA - INTANGIBILIDADE - A aquisição da posse por meio da prescrição aquisitiva da coisa pelo abandono, depende de prova inequívoca da ocupação habitual para fins de moradia ou produção por período ininterrupto de 10 anos, o que não ficou comprovado nos autos, de modo que, a partir do momento em que o legítimo possuidor comparece no local para reivindicar sua posse, o ocupante passa à condição de esbulhador, o que impõe o deferimento do interdito ao autor - Sentença mantida - Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos...

Ação de reintegração de posse julgada procedente, ao fundamento de que ficou comprovada a posse do autor e o esbulho praticado pelo réu, não infirmado

por prova inequívoca da perda da posse pela prescrição aquisitiva (fls. 317/319).

Inconformado, o réu interpõe recurso de apelação, insistindo na alegação de que cuida e limpa do terreno *sub judice* há 20 anos até os tempos atuais, e no local exerce a posse de forma mansa, pública e pacífica por mais de 15 anos, e destes, há 10 anos cultiva o plantio de frutas e hortaliças para subsistência, tendo as testemunhas convergido na alegação de que o proprietário da área era desconhecido. Aduz que se trata de pessoa simples, que sabia conviver sem ligação elétrica e de água no local. Defende estranhar que na matrícula do terreno conste que o apelado o adquiriu pelo valor de R$ 0,01. Persegue, nessas condições, a reforma da r. sentença, para que o interdito seja julgado improcedente, deferindo sua manutenção na posse do bem (fls. 338/350).

Recurso tempestivo, desprovido de preparo e respondido (fls. 354/359).

Às fls. 364/365, o recorrido requereu a prioridade na tramitação.

O apelado opôs-se ao julgamento virtual (fls. 363).

É o relatório.

Ab initio, fica deferido o requerimento de prioridade na tramitação do feito, na medida em que o documento de fls. 367, comprova que o apelado é maior de 60 anos de idade.

Dito isso, o recurso improcede.

O recurso improcede.

Pretende o recorrente obter o direito de posse sobre terreno de propriedade do recorrido, ao argumento de mantém a posse há mais de 15 anos sobre o bem, que se encontrava abandonado, todavia, o conjunto probatório não confirma suas alegações.

Impende transcrever os bem lançados fundamentos adotados na sentença pela nobre magistrada, cuja motivação fica também adotada.

> "*Pela prova produzida em audiência restou incontroverso que o requerido não exerce a posse do terreno no tempo mencionado na contestação. Isso porque todas as testemunhas arroladas pelo requerido afirmaram que ele inicialmente foi chamado por vizinhos para executar serviços de limpeza no terreno, fato que não o coloca como possuidor com 'animus domini', nem sequer como detentor posto que apenas adentrava ao imóvel por breve período para execução dos desses serviços.*
>
> *Tais atos de mera permissão para prestação de serviços solicitados pelos vizinhos para manter a limpeza no terreno não induzem à posse do requerido.*
>
> *Ressalto que os depoimentos das testemunhas do autor foram mais convincentes e encontram eco na prova documental, dando conta de que o muro dos fundos do terreno foi elevado em meados de 2020 e que antes disso nada havia no imóvel que pudesse demonstrar que o exercício da posse pelo requerido. Com efeito, as fotos do satélite corroboram essas*

Acesso ao Sumário

assertivas, porque nelas não se vê nenhuma alteração no terreno, cultivo de horta, nem de exercício de qualquer atividade como as descritas pelo requerido.

Em resposta à solicitação do juízo, a Sabesp enviou ofício (fls. 249) informando que a ligação de água somente foi executada em 09/04/2021, data que aliás é posterior ao ajuizamento desta ação (25/03/2021), o que condiz com o depoimento da testemunha do autor que ao comparecer ao terreno em 16/03/2021 para executar a limpeza se deparou com a resistência do requerido e constatou que lá só havia pequeno cômodo, que servia de depósito de materiais recicláveis, e não havia a menor condição de moradia já que não dispunha de fornecimento de água e energia.

Realmente, no mundo atual não é crível que alguém fixe moradia em imóvel que não disponha destes serviços básicos, o que torna mais absurda a alegação do requerido é a tese de que tenha permanecido nestas condições por tanto tempo e somente tenha tomada a providência de pedir as ligações após o ajuizamento da ação.

Há contradição entre os depoimentos das próprias testemunhas do requerido, pois Zenúbia declarou que ele reside sozinho no imóvel, apesar de ser casado, e Antonio declarou que ele lá reside junto com a esposa.

De qualquer forma, o requerido é possuidor de má-fé, qualidade que inegavelmente adquiriu quando tomou conhecimento de que não possuía indevidamente (sic) o imóvel, o que ocorreu em 16/03/2021, quando tomou ciência de que o autor era proprietário e possuidor do terreno ao se deparar com a testemunha Francisco que fora contratada pelo autor para a limpeza do local".

A tese recursal da aquisição da posse pelo abandono da coisa, independentemente de justo título, do qual o apelante não ostenta, depende dos requisitos da usucapião extraordinária, na forma do art. 1.238 e parágrafo único do Código Civil, que estabelece que "*aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé (...). O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo*".

Acesso ao Sumário

Como se vê, não poderia o apelante reivindicar a posse, sem que tivesse transcorrido ao menos dez anos de sua posse ininterrupta no local, e desde que comprovados, nesse período, a residência fixa ou a atividade produtiva.

A prova oral produzida nos autos é demasiadamente fraca para essa finalidade.

As testemunhas arroladas pelo recorrente, que foram ouvidas pelo juízo, não convergem quanto à época em que ele passou a utilizar o local para o ale-

gado cultivo de plantas e hortaliças, sendo que a Zenúbia, moradora da mesma rua, chegou a afirmar que a data aproximada era de 3 anos.

Antes disso, porém, e de forma imprecisa, as testemunhas são concordantes no fato de que o apelante comparecia ao local apenas para realizar a limpeza, a pedido da vizinhança, o que afasta a alegação de habitualidade de eventual moradia ou o desenvolvimento do cultivo de plantas, no período que lhe permitiria a prescrição aquisitiva.

Irrelevante o fato de que nenhuma das testemunhas ouvidas reconheceram o apelado como proprietário, uma vez que, tratando-se de terreno até então não edificado, é natural que sua presença poderia ser eventual, apenas para efeitos de monitoramento da área, o que não importa em abandono da coisa, ainda que a coisa estivesse malcuidada.

Quanto à imagem obtida pela Google da área nos idos de fevereiro de 2011, juntada pelo apelado e reproduzida nas razões recursais, não se vislumbra num exame visual o plantio de árvores frutíferas, senão de pequenos arbustos e mato decorrente da falta de zelo do proprietário.

Isso não implica na perda da posse do recorrido, uma vez que o apelante sequer impugnou a alegação de que os ônus fiscais do imóvel estavam todos adimplidos por aquele, o que também é inerente ao exercício de sua posse.

E mais, conquanto as testemunhas tenham divergido sobre a existência de uma "esposa" do apelante que residiria ou não no local, ele mesmo se qualifica como solteiro, o que descredencia a prova oral obtida nos autos.

Por outro lado, risível a alegação recursal de que o apelante, por ser pessoa humilde, não necessitava da ligação dos serviços de água e energia elétrica para sobreviver no local, localizado em área urbana, mormente quando não explica o que mudou, para justificar o porquê precisou da instalação desses mesmos serviços imediatamente depois que o apelado presenciou sua ocupação indevida.

Finalmente, o apelante afirma desconfiar o valor do imóvel lançado na escritura, de R$ 0,01, sem indicar em que isso afeta seu direito, tratando-se de mera ilação sem suporte jurídico, que desmerece maiores considerações.

Destarte, por qualquer ângulo que se examine a questão, a r. sentença permanece 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*".

Acesso ao Sumário

Sendo assim, fixados em primeira instância os honorários em 10% sobre o valor da condenação, de rigor a majoração da verba de sucumbência para 15% 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 se e enquanto perdurar a gratuidade da justiça.

Pelo exposto, **nega-se provimento ao recurso, com majoração dos honorários recursais.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0137465-96.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DANONE LTDA., é apelado K-WAY LOGÍSTICA LTDA.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Compareceu para sustentar oralmente a Dra. Nina Schmidt Nogueira Mendes Sini e o Dr. Frederico Trindade Garcia da Silva.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.287)**

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

São Paulo, 31 de julho de 2024.

PENNA MACHADO, Relatora

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Ação Indenizatória - Prestação de Serviços de Transporte e Logística - Rescisão unilateral - Sentença de Procedência - Insurgência que não prospera - Cerceamento de defesa Inocorrência - Julgamento antecipado da Lide - Adequação - Instrução probatória - Desnecessidade - Prova documental suficiente para o exame do mérito da Demanda - Apelante que não esclarece, com precisão, os fatos que pretendia comprovar com a produção da prova oral - Mérito - Justa causa para o rompimento contratual - Não comprovação - Alegação de violações contratuais - Argumentação abstrata, apresentada de maneira ampla, sem provas a demonstrarem, sequer indícios das supostas irregularidades cometidas pela Empresa Autora - Ausência de fundamento a justificar a abrupta resolução contratual, em pouco tempo

Acesso ao Sumário

de vigência da Avença - Rompimento contratual injustificado que gera o dever de indenizar da Requerida - Condenação ao pagamento de contraprestações em aberto - Hipótese que não se confunde com o fato gerador a motivar o pagamento da cláusula penal resolutória - Aviso Prévio - Comunicação realizada muito antes da efetiva cessação da prestação dos serviços - Notificação que se mostra ineficaz diante da continuidade da relação contratual em período superior ao próprio prazo do aviso prévio - Liquidação de sentença - Fase a ser realizada mediante simples cálculos aritméticos, diante da ausência de maior complexidade dos seus termos - Correção monetária a ser aplicada na forma da tabela prática deste E. Tribunal de Justiça - Sentença mantida - Ratificação, nos termos do artigo 252, do Regimento Interno. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de Apelação interposta em face da r. Sentença de fls. 1.415/1.417, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na "Ação Declaratória, Cumulada com Cobrança e Reparação de Danos", ajuizada por "Kway Logística Ltda.", menor representada, em face de "Danone Ltda.", condenando a Empresa Ré ao pagamento de retribuição integral dos dois últimos meses do Contrato referente a novembro e dezembro de 2006, mais o aviso prévio de janeiro de 2007 e multa contratual correspondente a 1,5 (uma e meia) vezes da média da remuneração dos últimos três meses do Contrato, e ainda, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados na proporção 15% (quinze por cento) do valor da condenação.

Primeiramente, em face da r. Sentença, foram opostos Embargos de Declaração pela Empresa Ré (fls. 1.420/1.424), respondidos às fls. 1.436/1.447, os quais foram conhecidos, porém, não provido, nos termos da r. Decisão de fl. 1.587.

Inconformada, apela a Empresa Ré (fls. 1.590/1.636), iniciando suas alegações com o retrospecto dos fatos processuais que entende relevantes; e preliminarmente aponta a nulidade da r. Sentença de Primeiro Grau por cerceamento de defesa, tendo em vista que não houve a abertura da instrução processual para a produção de prova oral, na forma como devidamente pleiteado na fase postulatória, essencialmente na intenção de demonstrar que o Contrato foi resolvido por culpa da Empresa Autora, o que se mostraria essencial para o correto julgamento da Lide.

Acesso ao Sumário

Quanto ao mérito recursal em si, alega que o Contrato entre as Partes foi rescindido diante das diversas condutas irregulares praticadas pela Requerente, e assim houve justa causa para o encerramento da relação contratual estabelecida.

Para tanto, elenca as infrações contratuais cometidas pela Recorrida às fls. 1.601/1.604, e a notificação extrajudicial lançada para tal fim, apresentando fotos acerca das avarias constatadas, sendo certo que a prática de tais condutas foi amplamente confessada pela Empresa Apelada na comunicação extrajudicial vinculada entre as Partes.

Também aponta a falta de qualificação dos funcionários da Recorrida para a realização dos respectivos serviços, concluindo que a referida prestação não foi realizada a contento, não atingindo as metas propostas no Contrato firmado entre os Litigantes, para "perda zero", reafirmando que há a devida comprovação acerca da justa causa para a rescisão contratual.

Segue impugnando as conclusões alcançadas pelo Nobre Magistrado de Primeiro Grau, bem como a valoração das provas produzidas nos Autos, afirmando que não foram devidamente analisadas.

Mantém esta toada, desta volta debatendo acerca do prazo para a construção da oficina, na forma como previsto na Avença, concluindo que a Requerente não iria cumprir com tal obrigação em tempo hábil para o correto cumprimento de suas obrigações contratuais, assim, diante das diversas justificativas para a desvinculação contratual entre as Partes, não há o que se falar em direito de indenização em favor da Autora.

Também elenca que concedeu o devido aviso prévio da rescisão à Empresa Requerente quando do envio da notificação extrajudicial declarando a resolução do Contrato, e, como tal, não há que se falar em sua condenação nestes termos, dado que a rescisão se mostrou justificada, igualmente impugnando sua condenação ao pagamento das retribuições referentes aos meses de novembro e dezembro de 2006, em verdade questionando tal condenação, afirmando que tal se trata de "bis in idem", diante das demais condenações fixadas, e sem previsão contratual para tal fim, ao menos a embasar tal raciocínio e aplicação da referida "multa" na forma como contido na r. Sentença questionada.

Acesso ao Sumário

Desta forma, pela inviabilidade de condenação concorrente entre os lucros cessantes e a multa contratual referente, pugna pelo afastamento da respectiva indenização, na forma dos precedentes que colaciona.

Subsidiariamente, aponta omissão na r. Sentença, ao não especificar, com clareza, quais os critérios que serão utilizados para o procedimento de liquidação de sentença, bem como quais os índices de correção monetária que deverão ser aplicados.

Por fim, requer o provimento do Recurso, com a declaração da nulidade da r. Sentença de Primeiro Grau, ou, sua reforma, como o final reconhecimento

da improcedência dos pedidos realizados.

Recurso processado regularmente, com apresentação das Contrarrazões (fls. 1.631/1.649).

É o breve Relatório.

Cuida-se de Ação Declaratória, cumulada com Cobrança e Reparação de Danos", ajuizada por "Kway Logística Ltda.", menor representada, em face de "Danone Ltda.", alegando, para tanto, que as Partes celebraram um Contrato de Prestação de Serviços de Transporte e Logística em 01 de fevereiro de 2.006, com previsão de duração pelo período de 36 (trinta e seis) meses.

Todavia, a Empresa Ré teria rescindido unilateralmente a Avença ao fim de outubro de 2.006, sob a alegação de violações contratuais, as quais, segundo alega, não são condizentes com a realidade dos fatos.

Assim, entendendo que a resolução se deu de forma indevida, ajuizou a presente Demanda, pugnando pela condenação da Empresa Ré ao pagamento das indenizações que entende cabíveis.

Respeitadas as razões do inconformismo exaradas, o Recurso não merece provimento.

Primeiramente, quanto ao cerceamento de defesa, em que pese a existência de certa omissão na r. Sentença quanto ao pedido realizado pela Empresa Ré, tal indeferimento se encontra implícito, diante da assertiva lançada acerca da suficiência das provas produzidas para a resolução da Lide, e a generalidade das alegações daquela acerca dos fatos elencados em sua defesa.

De toda sorte, para fins de exaurimento da matéria, ratifica-se tal conclusão, a prova documental produzida se mostrou suficiente para a resolução da Demanda, da mesma forma que, ainda que especificado o interesse na produção da prova oral, a Requerida não detalhou com precisão quais fatos controvertidos buscava comprovar com a realização desta espécie probatória, tampouco quais as testemunhas supostamente utilizadas para tal fim, não ao menos do que consta em suas razões recursais, sendo insuficiente a mera menção às violações contratuais.

Frisa-se, por importante, que se mostraria imprescindível tal especificação na hipótese vertente, ainda mais, e como se verá com mais propriedade com a análise do mérito da Demanda em si, diante do também aspecto abstrato das alegações de violações contratuais; e assim, não cumprindo a Apelante com requisito indispensável neste intuito, não restou demonstrada qualquer irregularidade com o julgamento antecipado da Lide.

Sequencialmente, quanto ao mérito recursal, melhor sorte não socorre a Recorrente.

E tal se dá, pois como já adiantado supra, e destacado explicitamente pelo Excelentíssimo Magistrado Sentenciante, não há produção de provas pela Empresa Ré a indicar, sequer, indícios ou suspeitas acerca da má prestação de

Acesso ao Sumário

serviços pela Empresa Autora, ou não ao menos ao justificar a interrupção tão abrupta do Contrato, antes mesmo de completar mero 1/4 (um quarto) do seu período de vigência.

Isto porque, e como visto, em que pese a extensa lista de supostas infrações realizadas pela Apelada, a única prova concreta e documental a supostamente demonstrar tais irregularidades no cumprimento da obrigação se limita a 2 (duas) fotografias apresentadas à fl. 1.604, sem que sequer seja compreensível quais os danos apontados, qual a forma pela qual tais danos ocorreram, qual o local da ocorrência e a estrutura danificada, que tipo de conduta foi realizada pela Recorrida para causar tal dano, o montante relativo ao prejuízo elencado, e etc.

Desta forma, como visto, não há um mínimo de especificação acerca das violações contratuais supostamente realizadas pela Empresa Autora, sendo que tal obscuridade é seguida de interpretação retórica a contradizer o teor das notificações extrajudiciais trocadas entre as Partes, as quais, novamente são carentes de qualquer elemento de certeza a justificar uma reação tão abrupta da Empresa Ré a buscar a rescisão contratual com meros 8 (oito) meses de relação estabelecida entre os Litigantes.

Com efeito, da imensa lista trazida às fls. 1.601/1.604, no melhor das hipóteses, tem-se indícios de comprovação acerca de apenas uma efetiva e relevante violação contratual acessória, qual seja, a suposta ausência de qualificação dos funcionários da Empresa Autora para a realização das tarefas designadas.

Contudo, sobre o tema, bem destacou o Nobre Magistrado Sentenciante:

"*Com efeito, os apontamentos trazidos pela Parte Ré para justificar a rescisão do contrato são bastante genéricos e carecem de evidências robustas. Além disso, não convence a suposta má qualidade da mão de obra ofertada pela Parte Autora, porquanto, conforme restou evidenciados nos Autos, a própria Ré utilizou parte da mão de obra ofertada pela Autora após o término do Contrato, fato que enfraquece a suposta má qualificação dos funcionários da Demandante*". (fl. 1.416).

Acesso ao Sumário

E da leitura das razões recursais apresentadas, denota-se que tal conclusão não foi impugnada, não ao menos a contento, de forma que imperioso se reconhecer que tais fatos restaram incontroversos nos Autos, e como tal, obviamente não se presta a justificar a radical decisão tomada pela Demandada.

Da mesma forma, as justificativas acerca da construção da oficina também não convencem.

Quanto a este tópico, também restou incontroverso nos Autos que não havia previsão de prazo para o cumprimento desta obrigação acessória, e assim, a considerar o investimento e o custo, bem como a logística para o cumprimento desta prestação, o prazo para o referido cumprimento deve ser interpretado de forma a obedecer aos requisitos de proporcionalidade e razoabilidade a se espe-

rar da espécie contratual encetada.

Vale lembrar também, neste contexto, que o prazo de vigência do Contrato seria de 36 (trinta e seis) meses, e a Empresa Ré buscou sua rescisão com pouco mais de 8 (oito) meses de cumprimento, ou seja, quando pouco mais de 20% (vinte por cento) de seu prazo teria transcorrido.

Ora, com base nas premissas retro, não se mostra razoável exigir que, em tão pouco período, a Requerente fosse compelida ao cumprimento de obrigação acessória de tamanha envergadura, de se presumir que diante da estrutura do Contrato firmado, e dos detalhes estabelecidos, se tal contraprestação fosse da importância que busca dar a Apelante, minimamente, seria estabelecido prazo para o cumprimento, ou, ao menos, prazos para comprovação de início das obras e a conclusão de etapas para tal fim.

Inexistentes tais previsões nas cláusulas contratuais reportadas, ao menos em sede recursal, novamente não se vê violação contratual realizada pela Apelada.

E com base nas conclusões supra, inevitável se concluir que não houve justa causa para a resolução contratual, de forma que o procedimento estabelecido pela Empresa Ré se mostrou desprovido de fundamento, e como tal, esta deve arcar com o pagamento das indenizações cabíveis pelo rompimento injustificado da relação contratual entre os Litigantes, na forma como acertadamente constou na r. Sentença recorrida.

Quanto ao pagamento das prestações devidas referentes aos meses de novembro e dezembro de 2.006, parte a Apelante de 2 (duas) premissas equivocadas.

A primeira, tratada acima, se refere a ausência de justa causa para rescisão, e assim, boa parte das teses lançadas sobre este tópico, bem como sobre o respectivo aviso prévio, caem por terra.

A outra, e no que consta da leitura dos Autos, se refere à imprecisão acerca da alegação de que tal fundamento para a condenação ao pagamento de tal indenização tem o mesmo fato gerador a culminar na aplicação da multa contratual, pois referido pedido tem como base a própria contraprestação referente aos serviços prestados pela Empresa Autora, e não adimplidos corretamente pela Empresa Ré (fl. 08, item “III.2”), fatos que não foram controvertidos, novamente, de forma devida, de maneira que se faz imprescindível a condenação da Requerida para tal fim.

Da mesma forma, não há que se falar em aviso prévio, sendo que houve a continuidade do Contrato por um período de mais 2 (dois) meses, ou seja, período evidentemente maior do que o próprio período estabelecido na cláusula respectiva; sendo certo que, ainda que conste o aviso na referida notificação extrajudicial, tal perde totalmente sua validade pela continuidade dos serviços prestados.

Acesso ao Sumário

Logo, inerente que haja a condenação da Apelante ao pagamento do aviso prévio, pois tal se refere a janeiro de 2.007, e não a novembro de 2.006.

E com base nas conclusões supra, tem-se que o pagamento referente a novembro e dezembro de 2.006 não tem natureza de multa contratual, e sim, regular pagamento da contraprestação devida; bem como o aviso prévio se refere ao mês de janeiro de 2.007, sendo ineficaz aquele lançado em outubro de 2.006, na forma da fundamentação supra; bem como, a única indenização referente à cláusula penal resolutória fixada se refere, especificamente, ao montante correspondente a 1,5 (uma e meia) vezes da média da remuneração dos últimos três meses de efetivo cumprimento do Contrato, e prestação de serviços pela Empresa Autora.

Por fim, causa espécie os questionamentos lançados acerca da fase de liquidação de sentença, seja porque tal valor será facilmente atingido por simples cálculos aritméticos, dispensando maiores formalidades para tal fim, evidentemente respeitando o direito ao contraditório e ampla defesa da Empresa Apelante; cabendo ao Douto Magistrado de Primeiro Grau verificar, diante do processamento do Feito e suas especificidades, se é necessário qualquer tipo de produção probatória para tal fim.

No mais, os índices de correção monetária, no silêncio da r. Sentença, evidentemente, são aqueles de praxe, quais sejam, os índices estabelecidos pela tabela prática deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Sendo assim, não infirmadas as fundamentações de fato e de Direito expostas pelo D. Juiz "a quo", infundadas as razões recursais, não há nada a reparar na r. Sentença de Primeiro Grau acertadamente proferida, ratificando-se seu teor, conforme os termos do artigo 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Derradeiramente, restam as Partes devidamente advertidas no presente que, caso haja a interposição de incidentes recursais completamente despropositados, com a mera repetição das teses recursais já analisadas, tal poderá ensejar a aplicação das multas processuais previstas nos artigos 80 e 1.026, §2º, do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (AgInt no AREsp nº 888531/RS, Ministro Luís Felipe Salomão, DJ 15/03/2017).

Pelo exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO**, mantida na totalidade a r. Sentença proferida, majorando-se os honorários advocatícios sucumbenciais fixados para a proporção de 17,5% (dezessete e meio por cento)

do valor da condenação, nos termos do artigo 85, parágrafo 11º do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1018139-07.2022.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante DIOGO BORBA CORTES VELLOSO, é apelado AZUL LINHAS AÉREAS BRASILEIRAS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o Voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14220)**

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

São Paulo, 1º de agosto de 2024.

LAVÍNIO DONIZETTI PASCHOALÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.
CONTRATO - Transporte aéreo nacional - Fortuito externo - Manutenção não programada na aeronave - Não caracterização - Responsabilidade civil de natureza objetiva da ré - Ocorrência - Atraso de quase 5 (cinco) horas para chegada do autor ao seu destino - Falha na prestação de serviços caracterizada - Dano moral configurado - *Quantum* indenizatório - Montante arbitrado em R$ 6.000,00 (seis mil reais) - Manutenção - Cabimento - Observância dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e adequação - Sentença de improcedência dos pedidos reformada para procedência - RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTOS.

1. Cuida-se de Recurso de Apelação interposto contra a r. Sentença de fls. 141/149, cujo relatório desde já fica adotado, proferida pelo d. Juiz da 3ª Vara Cível do Foro da Comarca de Barueri, Dr. Raul de Aguiar Ribeiro Filho, que julgou improcedentes os pedidos da presente **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO**

POR DANOS MORAIS que **DIOGO BORBA CORTES VELLOSO** promove contra **AZUL LINHAS AÉREAS BRASILEIRAS S/A.** Em razão da sucumbência, condenou o autor no pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios da parte adversa, estes fixados em R$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais).

Apelou o autor (fls. 152/163), buscando o provimento do recurso e a reforma do julgado, para que a requerida seja condenada no pagamento de indenização por danos morais, em valor não inferior a R$ 6.000,00 (seis mil reais). Para tanto, aduz que teria havido falha na prestação de serviços da requerida por conta de cancelamento injustificado do seu voo, implicando em um atraso de quase 5 (cinco) horas para a chegada ao seu destino.

Recurso tempestivo, preparado (fls. 164/165 e 198/199) e respondido (fls. 169/190). Não houve manifestação das partes de oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

2. Depreende-se da análise dos autos, que o autor adquiriu passagem aérea, para um voo direto, de Curitiba para Londrina, com partida às 08 horas e 15 minutos do dia 19/09/2022 e previsão de chegada às 09 horas e 30 minutos, do mesmo dia.

Afirma o requerente que, em razão de manutenção não programada na aeronave, seu voo foi cancelado e que, após reacomodação em outro voo com conexão em Maringá, acabou chegando ao seu destino com atraso de quase 5 (cinco) horas.

In casu, ao julgar improcedentes os pedidos da exordial, o MM. Magistrado de primeiro grau aduziu que "*o cancelamento, per si, não bastou para configurar o dano moral. Isso porque as alegações feitas na inicial são genéricas, de sorte que a companhia aérea forneceu outro horário e outro meio de tranporte para a execução do serviço, em consonância com o art.21, da Resolução nº400 da ANAC, o que permitiu o requerente chegar aos destinos, ainda que com algum atraso.*" (fls. 147).

Com efeito, respeitado o entendimento do Magistrado sentenciante, força é convir que o provimento do recurso é medida que se aplica.

Aliás, sobreleva notar que deve ser considerada a inafastável relação consumerista existente no caso em testilha, conforme preceituam os artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o autor, na condição de consumidor, fica em uma posição de vulnerabilidade frente ao mercado, sobretudo diante da Empresa de Transporte Aéreo.

Outrossim, como é cediço, o artigo 14, do CDC preleciona que a responsabilidade da companhia aérea como prestadora de serviços é objetiva, a qual só não será responsabilizada quando provar, nos termos do § 3º, que: "*I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.*".

Acesso ao Sumário

Daí dizer, que ao contrário do que sustentado pela apelada, a genérica alegação de "problemas técnicos" não pode ser considerada como excludente de sua responsabilidade civil, notadamente por não haver qualquer comprovação nos autos da sua impossibilidade de decolagem ou aterrissagem em relação aos trajetos adquiridos pelo autor.

Outrossim, a requerida não demonstrou sua impossibilidade de destinação de outra aeronave para o cumprimento do voo dentro do horário contratado. Ao revés, ao realocar o autor em outro voo, o submeteu a parada para conexão que não havia sido adquirida por ele no voo originalmente contratado.

De mais a mais, como é cediço, incide no caso em testilha a Teoria do Risco Proveito, alicerçada na livre iniciativa, que relega ao empreendedor o ônus da atividade econômica lucrativa explorada. Dessa forma, se os lucros não são divididos com os consumidores, os riscos, também, não podem ser.

Ora, não se pode perder de vista que o atraso de quase 5 (cinco) horas para a chegada ao seu destino é um fato que não se espera daqueles que optam pelo meio de transporte aéreo, especialmente porque o tempo de trajeto do voo contratado é de aproximadamente 1 (uma) hora.

Nesse diapasão, leciona Sérgio Cavalieri que "*Entende-se por fortuito interno o fato imprevisível, e, por isso, inevitável, que se liga à organização da empresa, que se relaciona com os riscos da atividade desenvolvida pelo transportador.*" Por outro lado, define o fortuito externo também como fato imprevisível e inevitável, "*mas estranho à organização do negócio. É o fato que não guarda nenhuma ligação com a empresa, como fenômenos da natureza - tempestades, enchentes etc. Duas são, portanto, as características do fortuito externo, autonomia em relação aos riscos da empresa e inevitabilidade, razão pela qual alguns autores o denominam de força maior.*" **(in Programa de Responsabilidade Civil, CAVALIERI FILHO, Sérgio., 14ª ed., São Paulo, Atlas, 2020, p. 349).**

Desta feita, a ré deve mesmo responder pelos constrangimentos e prejuízos sofridos pelo demandante. Desnecessário, aliás, fazer-se prova quanto à ocorrência do dano moral tendo em vista que este é "*in re ipsa*", existindo somente pela ofensa.

Ademais, não se pode perder de vista que o montante indenizatório devido deve traduzir-se em numerário que represente advertência a lesante e à sociedade de que se não aceita o comportamento assumido ou o evento lesivo advindo.

No que concerne a fixação do *quantum* indenizatório, não existem critérios fornecidos pela lei, de modo que "*o arbitramento da condenação a título de dano moral deve operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, suas atividades comerciais, e, ainda, ao valor do negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutri-*

Acesso ao Sumário

na e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual, e às peculiaridades de cada caso" **(REsp nº 173.366-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T., j. 03-12-1998, STJ).**

Para a fixação do *quantum* indenizatório, deve se levar em conta o grau e tipo da ofensa perpetrada, bem como a extensão dos danos causados. Nesse sentir, vê-se, pois, que o valor de R$ 6.000,00 (seis mil reais) bem se ajusta à hipótese dos autos, por não se mostrar exorbitante diante dos prejuízos experimentados pelo requerente.

À guisa de conclusão, sobreleva notar que a presente Decisão, ao reformar a r. Sentença, alterou o contexto fático-jurídico que envolve o ônus sucumbencial, de forma que ele deverá ser redistribuído.

Por derradeiro ficam as partes advertidas de que a interposição de recurso infundado ou meramente protelatório acarretará pena de multa, nos termos do art. 1026, § 2° do CPC.

Ademais, considera-se pré-questionada a matéria ventilada no recurso, sendo desnecessária a indicação expressa dos dispositivos legais, conforme entendimento consolidado do E. Superior Tribunal de Justiça **(AgRg no REsp. nº 1470626/PE, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., j. 01/03/2016, STJ).**

3. Pelo que, diante de tais circunstâncias, em sendo este o entendimento dos demais, **VOTO** pelo **PROVIMENTO** do recurso, para reformar a r. Sentença, para condenar a ré a pagar à parte autora, indenização por danos morais no valor de R$ 6.000,00 (seis mil reais), corrigidos monetariamente pelos índices da Tabela Prática editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a partir da publicação do v. Acórdão, de acordo com a Súmula 362 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, acrescidos de juros moratórios lineares de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação.

Em razão da redistribuição do ônus sucumbencial, condeno a requerida no pagamento da integralidade das custas e despesas processuais, e dos honorários advocatícios devidos ao patrono do autor, estes fixados em 20% (vinte por cento) incidentes sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000518-55.2022.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é apelante ELIZA BARBOSA ALVES DE LIMA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados TRANSPORTADORA TURÍSTICA SUZANO LTDA. e ALEXANDRE LUIS VALIM DE SOUZA FERREIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 19714)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLAVIO ABRAMOVICI (Presidente) e MELO BUENO.

São Paulo, 2 de agosto de 2024.

ANA MARIA BALDY, Relatora

Ementa: ACIDENTE DE TRÂNSITO. Ação de indenização por danos morais. Sentença de improcedência. Inconformismo da autora. Filho da autora que foi atropelado pelos réus, vindo a óbito. Ação criminal que foi arquivada, diante da ausência de provas da culpa do motorista réu pelo acidente. Provas produzidas nestes autos que também não demonstram que os réus contribuíram para o acidente. Velocidade compatível com a via e ausência de substâncias tóxicas no sangue do motorista. Vítima que estava alcoolizada e que fazia uso de medicação, cujo uso em conjunto com álcool não é recomendado. Sentença de improcedência mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra r. sentença que julgou improcedente a ação de indenização por danos morais movida por Eliza Barbosa Alves de Lima contra Transportadora Turística Suzano Ltda. e Alexandre Luis Valim de Souza Ferreira, condenando a parte autora a arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa (R$ 242.400,00), ressalvada a isenção da gratuidade.

Inconformada, **apela autora**, sustentando que os autos do processo criminal nº1501447-65.2021.8.26.0566, restaram inconclusivos, de modo que, a inocência dos apelados não restou comprovada. Destaca que as testemunhas ouvidas naqueles autos não presenciaram o acidente que atingiu seu filho, de modo que não é possível atribuir à vítima a culpa pelo ocorrido. Também, afirma que nos autos não há prova de que o corréu Alexandre trafegava em velocidade compatível com a via, nem que o mesmo tomou as precauções necessárias ao adentrar com o veículo na via. Sustenta que era dever do motorista se atentar para a existência de pedestres no local, dando preferência de passagem aos mesmos, diante da sinalização de parada obrigatória. Por fim, afirma que seu filho era trabalhador e que jamais se lançaria ao veículo em movimento, não havendo

Acesso ao Sumário

qualquer prova de que o mesmo estava embriagado na data do fato. Subsidiariamente, requer que seja reconhecida a culpa concorrente dos apelados.

Contrarrazões, fls. 434/440 e 441/451.

É o relatório.

Denota-se dos autos que em 12/04/2021, o filho da autora, o Sr. Josivaldo Barbosa de Lima, foi atingido por um veículo (ônibus) de propriedade da corré Transportadora que era conduzido pelo corréu Alexandre, vindo a óbito.

A ocorrência foi lavrada no Boletim de Ocorrência nº 704/2021 (fls. 24/26), que deu origem ao processo criminal nº 1501447-65.2021.8.26.0566 (fls. 132/240).

Da análise do processo criminal em comento, observa-se que, diferentemente do alegado pela apelante, o processo foi arquivado a pedido do Ministério Público que, ao analisar as provas acostadas, não verificou qualquer culpa do corréu Alexandre pela morte do filho da apelante.

Verifica-se que foi constatado que o veículo trafegava com velocidade compatível com a via, aproximadamente 40km/h (fls. 192), e que o motorista não tinha qualquer substância tóxica em seu organismo (fls. 125). Diante de tais fatos, o membro do Ministério Público concluiu que *"(...) nenhum elemento comprovou conduta irregular do motorista Alexandre (desobediência às regras de trânsito, embriaguez, alta velocidade...)" fls. 237.*

Também foi constatado pela perícia criminal que o veículo estava em perfeitas condições de uso (fls. 192).

Já com relação à vítima, os exames detectaram presença de álcool no sangue, na proporção de 1,6 g/L e, ainda a presença de fármacos (fls. 229), que não poderiam ter seu consumo atrelado ao álcool, conforme informações dos fabricantes das medicações (fls. 299, 312 e 321), uma vez que tais medicações causam sonolência e afetam as "habilidades e a atenção" do paciente.

Se observa, ainda, que a irmã da vítima afirmou em seu depoimento na delegacia, depoimento este realizado quase um ano depois do acidente, que o Sr. Josivaldo fazia uso de álcool diariamente ,tendo consumido bebida alcoólica no fatídico dia. Em seu depoimento, a irmã da vítima ainda declara que não "*sabe se de fato ele correu em direção ao ônibus para se esquivar de uma agressão ou se caiu diante ao estado de embriaguez*" (fls. 383/384).

O depoimento do policial que atendeu os fatos também afasta a alegação de que a conduta dos réus contribuiu para a fatalidade (fls. 382).

Assim, lamenta-se o ocorrido, porém, não havendo ao menos indícios de que os réus contribuíram para o acidente, tenho que não era mesmo o caso de condená-los ao pagamento de indenização por danos morais, devendo a r. sentença de improcedência ser mantida.

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero pré-questionada toda matéria infraconstitucional e consti-

Acesso ao Sumário

tucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de pré-questionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205 / SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Por fim, em face do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, ficam os honorários advocatícios, devidos pela parte autora, majorados para 15% do valor da causa (R$ 242.400,00) atualizado, ressalvada a isenção da gratuidade.

Do exposto, pelo meu voto **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1081464-54.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO ITAUCARD S/A, é apelado ANDRÉ OGATA PEDROSO.

ACORDAM, em 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27035)**

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

São Paulo, 25 de julho de 2024

NAZIR DAVID MILANO FILHO, Relator

Ementa: **APELAÇÃO GOLPE DA TROCA DO CARTÃO –INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA PARA A REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E INEXIGIBILIDADE DO CRÉDITO – APELAÇÃO DO RÉU – DESCABIMENTO – TRANSAÇÕES DISTINTAS DO PADRÃO DE COMPORTAMENTO DO CONSUMIDOR – FALHA NA OBSERVÂNCIA DO DEVER DE SEGURANÇA – FORTUITO INTERNO CONFIGURADO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – PRECEDENTE DESTA E. CÂMARA – SENTENÇA MANTIDA**.

Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta por Banco Itaucard S/A contra a sentença de fls. 437/440 que julgou parcialmente procedente o pedido de André Ogata Pedroso a fim de condenar o banco réu ao pagamento de indenização por danos materiais, consistente na devolução dos valores indevidamente debitados da conta corrente do autor no valor total de R$ 941,30, a ser corrigido da data dos respectivos desembolsos e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, desde a citação, bem como para declarar inexigíveis as transações autorizadas nos valores de R$ 1.400,00 e R$ 900,00 lançadas na fatura do cartão de crédito nº 5209. xxxx.xxxx.4314, confirmando a tutela de urgência concedida. Ante o decaimento mínimo da parte autora, determinou que o réu arcasse, por inteiro, com as despesas e honorários advocatícios, arbitrados estes em R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), nos termos dos artigos 85, § 8º, do Código de Processo Civil.

O apelante suscita, preliminarmente, o cerceamento de sua defesa ante a ausência de comparecimento pessoal da parte apelada. No mérito, sustenta, em síntese, que as compras foram realizadas dentro do padrão de consumo do requerente e que restou caracterizada a excludente de responsabilidade da instituição bancária, eis que os fatos ocorreram por culpa da própria parte contrária que por negligência permitiu que terceiro trocasse o seu cartão e permitiu a visualização da senha quando tentou efetuar o pagamento da despesa, bem como, que o golpe foi realizado fora do estabelecimento bancário, onde não poderia o banco apelante impedir a aplicação do golpe em questão (fls. 443/456)

Contrarrazões às fls. 462/479.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

De início, ressalte-se que não há que se falar em cerceamento de defesa. A sentença encontra-se devidamente fundamentada, expondo com clareza os motivos pelos quais a ação foi julgada improcedente. O Juízo *a quo* entendeu que as provas acostadas revelam-se suficientes e aptas a dirimir a controvérsia na medida em que, sendo ele o destinatário da prova, incumbe- lhe, nos termos do artigo 370 do atual Código de Processo Civil, reconhecer acerca da conveniência das diligências necessárias à formação de seu convencimento, indeferindo aquelas desnecessárias ou protelatórias.

Extrai-se dos autos que o autor alega que, em 08/04/2022 durante o período noturno, ao tentar efetuar uma compra junto a um vendedor ambulante teve o seu cartão de crédito trocado, o que permitiu a realização de diversas compras não autorizadas realizadas em seu cartão de crédito e débito.

Com efeito, cumpre frisar que aplicam-se ao caso as disposições do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, o disposto na Súmula nº 297 do Superior Tribunal de Justiça, *"O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras"*. Por conseguinte, a responsabilidade civil das ins-

Acesso ao Sumário

tituições financeiras pelos danos causados ao consumidor, decorrente de sua prestação de serviço possui natureza objetiva e, portanto, prescindível a análise do elemento culpa.

Além disso, o entendimento da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, externado no julgamento do REsp. 1.199.782-PR, relatado pelo Min. Luís Felipe Salomão e submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973):

"Para efeitos do art. 543 C do CPC: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros como, por exemplo, abertura de conta corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno".

E, ainda, da Súmula nº 479 do C. Superior Tribunal de Justiça: *"As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias".*

Como se vê, os réus respondem objetivamente pelos danos causados decorrentes de falhas na prestação dos serviços.

Conforme documentos juntados aos autos, verifica-se que entre 08 e 09 de abril de 2022 foram realizadas compras no valor total de R$ 941,30 (novecentos e quarenta e um reais e trinta centavos) na função débito e R$ 2.300,00 (dois mil e trezentos) na função crédito e que, após descobrir que tinha sido vítima de fraude, o autor comunicou a autoridade policial sobre os fatos descritos na inicial, por meio da lavratura de boletim de ocorrência, levando os fatos também ao conhecimento do banco réu.

Ressalte-se, inclusive, que tais movimentações inéditas até o momento ocorreram de forma consecutiva e em curto lapso de tempo para os mesmos beneficiários, o que demonstram o nítido caráter fraudulento de tais transações.

Além disso, o bloqueio da conta do autor expõe que o réu verificou a ocorrência de movimentações que não correspondiam ao perfil da correntista, ao contrário do sustentado por ele.

Contudo, o apelante alega que todas as operações bancárias efetuadas ocorreram regularmente, por meio de autenticação e digitação de senha pessoal e intransferível.

É cediço que cabe às instituições financeiras zelar pela segurança das operações bancárias realizadas por seus clientes, sob pena de não o fazendo, incorrer em falha na prestação dos serviços contratados.

Ora, em face do grande número de fraudes que ocorrem, o apelante, assim como as demais instituições financeiras, regularmente monitora o padrão de consumo dos correntistas e identifica os comportamentos que destoam do

Acesso ao Sumário

comum, tal como a realização de várias transações, e em valores muito superiores aos geralmente despendidos. No presente caso, o apelante falhou em realizar este monitoramento de forma eficaz. Assim, houve falha na prestação dos serviços de segurança pelo banco, de forma que não se aplica ao caso o artigo 14, § 3º, incisos I e II do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda que se não se trate de clonagem de cartão e que as transações tenham sido feitas com o cartão original, a obrigação de monitoramento do padrão de gastos independe do tipo de fraude cometida.

A fraude praticada por terceiros em detrimento dos clientes bancários já foi objeto de recurso repetitivo no Colendo Superior Tribunal de Justiça, que pacificou a questão:

> "RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DECONTROVÉRSIA. JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. RISCO DO EMPREENDIMENTO. 1. *Para efeitos do art. 543-C do CPC: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta- corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno. 2. Recurso especial provido."* **(REsp. 1.199.782-PR, 2ª Seção, rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 28.08.2011)**

Aliás, também não há nos autos qualquer evidência de que o autor teria, deliberadamente, fornecido ou compartilhado dados confidenciais, com o fito de contribuir para o sucesso da empreitada criminosa, porquanto fora vítima de crime de fraude, sendo certo que, na espécie, envidou esforços para mitigar seu prejuízo, mediante contato com a instituição financeira ré e, posteriormente, comunicação do fato criminoso à autoridade policial.

Anote-se que era ônus do réu comprovar a idoneidade das operações questionadas pelo autor, o que também não restou observado no caso dos autos.

Dessa forma, cabia ao banco comprovar que as operações contestadas estavam dentro do padrão regular do correntista, ônus do qual não se desincumbiu, em desatenção ao disposto no artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil.

Saliente-se que os réus são depositários dos valores vertidos nas contas de titularidade do autor, dos quais somente mediante ordem, ou autorização emanada do titular, é possível a transferência de valores.

Assim, à míngua de comprovação da legitimidade das compras em questão, resta confirmada a versão da petição inicial de serem indevidos os lan-

Acesso ao Sumário

çamentos registrados na conta bancária e no cartão de crédito de titularidade do autor, restando confirmada a declaração de inexigibilidade e restituição dos débitos em questão, conforme bem consignado na sentença monocrática.

Em caso análogo, inclusive, foi o julgado desta E. Câmara:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO – CARTÃO DE CRÉDITO – Autora vítima do "golpe da troca de cartões" – Ao aderir ao sistema de cartão de crédito ou de débito, o titular assume a obrigação de guarda e conservação do cartão, cujo descumprimento configura culpa – Ausência de responsabilidade da instituição financeira antes da comunicação do seu roubo, furto ou extravio – A autora não demonstrou que os lançamentos questionados estavam fora de seu perfil –Responsabilidade do banco réu reconhecida somente em relação à cobrança de R$ 5.000,00, referente a compra realizada após a comunicação do extravio do cartão pela autora – Sentença mantida – Recurso improvido, neste aspecto. DANO MORAL – Pretensão da autora à condenação do réu ao pagamento de indenização por dano moral, decorrente da inscrição de seu nome em cadastros restritivos de crédito – Apontamento que leva em conta o débito de cartão de crédito cuja inexigibilidade não foi reconhecida – Licitude da restrição cadastral imposta à autora decorrente desta dívida – Indenização por dano moral indevida – Recurso improvido, neste aspecto. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS – Aplicação do disposto no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil – Honorários advocatícios fixados na sentença em R$ 1.000,00 (mil reais), em prol dos patronos do réu, majorados para R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais). ***RECURSO IMPROVIDO. (Apelação nº 1007350-33.2021.8.26.0019, Rel. Plinio Novaes de Andrade Júnior, j. 29/04/2024.***

Destarte, é de rigor a manutenção da sentença de primeiro grau e ante a sucumbência recursal do réu, majoro os honorários advocatícios sucumbenciais para R$ 2.000,00.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1019251-33.2023.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante BRADESCO ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA, é apelado R9 VENDAS E SERVIÇOS DE ESCRITÓRIO EIRELI.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **"Deram provimento ao recurso. V. U. Compareceu para sustentar oralmente o Dr. Halyson Kowalczuk No-**

Acesso ao Sumário

vais.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9105)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS ABRÃO (Presidente) e THIAGO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 31 de julho de 2024.

CÉSAR ZALAF, Relator.

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.
INSURGÊNCIA DA RÉ. CESSÃO DE CRÉDITO. COTA DE CONSÓRCIO CANCELADA. PRELIMINARES DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR E ILEGITIMIDADE ATIVA QUE SE ACOLHEM. COTAS CANCELADAS AINDA NÃO CONTEMPLADAS E GRUPO NÃO ENCERRADO. PRAZO DE DEVOLUÇÃO QUE DEVE OBSERVAR AS DISPOSIÇÕES DA LEI Nº 11.795/2008. TESE FIXADA EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO PELO STJ (RESP Nº 1.119.300/RS). ADEMAIS, CONTRATO QUE EXCLUI EXPRESSAMENTE A MULTA COMPENSATÓRIA DA CESSÃO DE CRÉDITO. SITUAÇÃO QUE NÃO REFLETE MERA PRECIFICAÇÃO DO NEGÓCIO, MAS A NÃO ASSUNÇÃO DO RISCO DA CESSÃO DO VALOR DA MULTA PELA INCERTEZA DO SEU RECEBIMENTO. OUTORGA DE MANDATO POR INSTRUMENTO PÚBLICO NÃO TRANSFERE OS CRÉDITOS EXCLUÍDOS DA CESSÃO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto contra R. Sentença de fls. 582/591, que julgou procedente Ação de Cobrança proposta por **R9 VENDAS E SERVIÇOS DE ESCRITÓRIO EIRELI** contra **BRADESCO ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA**, *para condenar a ré "a pagar à autora a quantia de R$ 23.000,00, com correção monetária pela Tabela Prática do TJSP desde o ajuizamento da ação e juros de mora de 1% ao mês, contados da citação. Declaro extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 487, inc. I, do Código de Processo Civil. Condeno o réu ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre*

o valor da condenação, atualizada."

Apela a BRADESCO ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA. (fls. 594/625). Suscita as seguintes preliminares: 1) busca da verdade real, juntada documentos-grupo não encerrado e cota não contemplada, 2) falta de interesse de agir, grupo não encerrado, 3) ilegitimidade ativa, a cessão de crédito excluiu a transmissão da multa contratual. No mérito, reitera a falta de interesse agir, inexistindo crédito a ser restituído neste momento. Sustenta a existência de cláusula contratual proibitiva expressa da cessão de cota, que é válida e pode impedir a transmissão. Alega que a cessão do crédito ocorre nos estritos termos contratuais e não se pode admitir a discussão das cláusulas contratuais pelo recebedor do crédito. Aduz ser inaplicável o artigo 312 do Código Civil, pois não houve sua anuência para a cessão da cota de consórcio. Diz que o termo de cessão da cota se refere exclusivamente ao fundo comum e não abarca a multa contratual e que não é aplicável ao caso em tela o Código de Defesa do Consumidor, sendo plenamente válidas as cláusulas penais compensatórias de acordo com diploma consumerista, a Lei de Consórcios e o Código Civil. Ainda afirma que a correção monetária deve se dar nos exatos termos da Lei nº 11.795/2008.

Recurso tempestivo e com recolhimento de custas às fls. 710/711. Contrarrazões às fls. 715/726. Há oposição ao julgamento virtual pela Ré às fls. 731 e 733.

É o relatório.

Não há questões que impedem o conhecimento deste recurso que, quanto ao seu objeto, merece ser provido.

Trata-se de ação de cobrança por meio da qual a Autora narrou ter adquirido os direitos creditórios relativos à cota de consórcio cancelada nº 231, do grupo nº 712, contrato nº 001784939, onde consta como consorciado Alex Sandro Martins de Oliveira, através de "Instrumento Particular de Cessão de Direitos de Cotas de Consórcio" celebrado em 20/01/2023 (fls. 58/60). Afirma que a cessão foi reconhecida em cartório e a cedente concedeu uma procuração pública à cessionária (requerente) para receber os valores referentes à cota de consórcio. Esclarece que o consorciado cedente também concedeu uma procuração pública à requerente, com cláusula "em causa própria", permitindo-lhe receber os valores e dar quitação em relação à cota de consórcio cancelada, sem a necessidade de prestação de contas. Essa procuração foi lavrada em 20/01/2023, no Tabelião do Serviço Distrital de Barreirinha/PR, sendo irrevogável e irretratável. Afirma que, em 10/02/2023 notificou a requerida sobre a cessão de crédito, impugnando o pagamento ao consorciado cedente e exigindo o pagamento diretamente à requerente, conforme o artigo 312 do Código Civil. Sustenta que a notificação foi enviada por e-mail para ouvidoria.bra@bradesco.com.br, e o recebimento foi confirmado através de resposta ao e-mail. Apesar da cota de consórcio estar contemplada e o grupo encerrado, a administradora de consórcio

Acesso ao Sumário

não restituiu à autora o valor respectivo de R$ 23.000,00.

Sobreveio r. sentença de procedência, amparada na premissa de que a Ré efetuou o pagamento administrativo ao titular originário:

No mais, após a notificação da cessão, a ré realizou o pagamento administrativo ao titular originário. A notificação visava, sobretudo, dar ciência à administradora de consórcio a quem ela deveria pagar.

Portanto, não há que se avocar a hipótese do art. 292 do Código Civil, que por sua vez dispõe: "Art. 292. Fica desobrigado o devedor que, antes de ter conhecimento da cessão, paga ao credor primitivo, ou que, no caso de mais de uma cessão notificada, paga ao cessionário que lhe apresenta, com o título de cessão, o da obrigação cedida; quando o crédito constar de escritura pública,

prevalecerá a prioridade da notificação." Incide, por outro lado, o disposto no art. 312, do Código Civil: Se o devedor pagar ao credor, apesar de intimado da penhora feita sobre o crédito, ou da impugnação a ele oposta por terceiros, o pagamento não valerá contra estes, que poderão constranger o devedor a pagar de novo, ficando-lhe ressalvado o regresso. (...) Desse modo, impõe-se o acolhimento do pedido, para condenar a ré ao pagamento dos valores das cotas canceladas, ressalvado o direito de buscar seus direitos

em face de terceiro pago indevidamente.

Inicialmente, analiso as preliminares arguidas pela Ré.

Com relação à juntada de documentos após a prolação de sentença, especificamente o extrato do consorciado datado de 29/01/2024, fls.648/649, não se trata de documento novo e deveria ter sido juntado com a contestação. Ocorre que além da troca de patronos pela Ré, descortinou-se um cenário distinto daquele adotado pelo juízo singular, primando-se pela busca da verdade real e pela análise de matéria de ordem pública. Digo isto, porque a sentença foi amparada na premissa de ter havido pagamento ao ex-consorciado, porém não há provas da contemplação e pagamento.

Acesso ao Sumário

O extrato de fls. 648/649 aponta que o encerramento do grupo 712 está previsto para 12/02/20206. Também demonstra que a cota cancelada ainda não foi sorteada. E a Autora tinha ciência de que a cota não havia sido contemplada no momento da distribuição da ação, bastando uma simples leitura da notificação de cessão enviada à Ré, fls. 63/67:

REF.: Notificação Extrajudicial Com impugnação de contemplação Pagamento ao Cedente

Grupo: 712 Cota 231 Contrato 001784939

Status: Cota Cancelada Situação: sem contemplação

Cedente: ALEX SANDRO MARTINS DE OLIVEIRA

CPF/CNPJ.: 034.XXX.XXX-89

Na contestação, embora ausente o extrato das cotas, também ficou clara a ausência de contemplação e encerramento do grupo (fls. 95).

Ocorre que a devolução de cotas canceladas, não pode ocorrer de imediato como pretende a Autora. A restituição das quantias não mais pode ocorrer antes do encerramento do grupo ou da contemplação do excluído, conforme inteligência dos artigos. 22, 30 e 31, inc. I, todos da Lei nº 11.795/2008. Tanto que o C. STJ se manifestou no em sede de repetitivo, nos autos do REsp 1119300/RS, no sentido de que *"é devida a restituição de valores vertidos por consorciado desistente ao grupo de consórcio, mas não de imediato, e sim em até trinta dias a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do plano"*.

O entendimento trazido pelo Ministro Luis Felipe Salomão no r. Acórdão é de que *"a devolução imediata dos valores vertidos do consorciado desistente/desligado constitui uma despesa imprevista, que acaba onerando o grupo e os demais consorciados. Por outro lado, o consorciado que permanece vinculado ao grupo pode, porventura, ser contemplado somente ao final, quando termina o consórcio, e é evidentemente desarrazoado que o consorciado que se desliga antes ostente posição mais vantajosa em relação a quem no consórcio permanece"*.

Neste sentido, tem se manifestado esta E. Corte:

AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE VALORES. Procedência da ação, com consequente apelo do réu. CONSÓRCIO. DESISTÊNCIA. Sistema de conhecimento geral. Prazo para devolução 30 dias após o encerramento do grupo. Aplicação do entendimento firmado em procedimento de recursos especiais repetitivos de que é paradigma o julgado proferido em REsp. 1.119.300/RS. Correção monetária a contar dos desembolsos. Juros de mora. Incidência desde a data em que a restituição se torne exigível. CLÁUSULA PENAL E MULTA. Abusividade. Inaplicabilidade das multas contratuais em favor do grupo e da Administradora por ausência de prova do prejuízo sofrido com a exclusão do consorciado. Precedentes no STJ. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. Valor pago a título de taxa de administração que deve ser restituído, ressalvado o período em que o autor permaneceu no consórcio. Sentença mantida. Apelação não provida. (TJSP; Apelação Cível 1001600-54.2023.8.26.0286; Relator (a): JAIRO BRAZIL; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itu - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/06/2024; Data de Registro: 28/06/2024) AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE CONSÓRCIO C.C. RESTITUIÇÃO DE VALORES E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Alegação de vício de vontade – Inocorrência – Subscrição da proposta de participação em grupo de consórcio, na qual consta, expressamen-

Acesso ao Sumário

te, que a contemplação se dará por sorteio, lances ou encerramento do grupo – Resilição do contrato, todavia, que deve ser decretada, face à desistência da autora, que expressamente declarou desinteresse na manutenção do consórcio – Abatimento da taxa de administração e seguro que deve se dar de maneira proporcional ao tempo em que permaneceu no grupo – Prazo de devolução que deve observar as disposições da Lei nº 11.795/2008 – Tese fixada em sede de recurso repetitivo pelo STJ (REsp nº 1.119.300/RS) - Correção monetária que deve incidir, na restituição de valores, a contar do desembolso - Juros de mora que fluem a partir do dia seguinte à contemplação ou em até 60 (sessenta) dias do encerramento do grupo, o que primeiro ocorrer – Arts. 22, 30 e 31, I da Lei nº 11.795/08 – Danos morais não configurados – Sucumbência recíproca - Recurso provido, em parte. (TJSP; Apelação Cível 1005507-29.2023.8.26.0224; Relator (a): Lígia Araújo Bisogni; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/06/2024; Data de Registro: 27/06/2024)

Portanto, tem razão a Ré ao invocar a falta de interesse de agir da Autora, pois neste momento, ainda não existe crédito a ser restituído, de maneira que sequer é possível prever que haverá inadimplência por parte da Ré, para que possa haver a provocação do Poder Judiciário através da ação de cobrança.

Não fosse suficiente a falta de interesse de agir, entendo ser o caso de reconhecimento da ausência de legitimidade da Autora para a cobrança do valor da multa contratual, objeto do presente feito.

A respeito da legitimidade, leciona Teresa Arruda Alvin:

*"É, ainda, importante acrescentar a observação de que a legitimidade é um liame que se estabelece entre um sujeito, um objeto e um outro sujeito. De fato, a relação jurídica abrange, pelo menos, dois sujeitos e um objeto. Logo, se se diz que a legitimidade é um liame que envolve um sujeito e uma relação jurídica, nesta relação haverá sempre o outro sujeito". (*Nulidades do Processo e da Sentença, 8ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.32)

Pois bem, diz-se legítimo o titular de um direito que afirma ter sido violado e, e virtude de tal violação, pode efetivar a sua pretensão judicialmente. Não é o caso dos autos.

A cláusula 2ª do contrato de cessão de crédito (fls.58/60) deixa claro que o que está sendo cedido à Apelada é o valor pago a título de parcela do fundo comum "descontada a multa contratual pelo cancelamento da cota". Confira-se:

Com efeito (o) Cedente/Consorciado cede e transfere à Cessionária, em caráter irrevogável e irretratável, todos os seus direitos creditórios relativos aos valores pagos a título de parcelas do fundo comum da(s) cota(s) de consórcio cancelada(s) objeto da presente cessão de

Acesso ao Sumário

direitos, consistentes no percentual amortizado multiplicado pelo valor do bem objeto do plano no momento do efetivo pagamento pela administradora, ***descontada a multa contratual pelo cancelamento da cota.****"* (destaquei).

Fica claro que a negociação da cessão girou em torno da quantia paga pelas parcelas da cota cancelada, mas não da quantia suprimida pela multa contratual.

Extrai-se da situação que não se trata de mera precificação do negócio entabulado, mas sim que a Autora/Apelada não assumiu o risco da cessão do valor da multa pela incerteza da sua obtenção, excluindo-a do crédito adquirido, de modo que não pode agora obter para si essa quantia, simplesmente porque não lhe pertence, mas ao cedente, que permaneceu com o risco, além de ter cedido os créditos com considerável deságio.

Tampouco é o caso de se considerar a legitimidade para a cobrança em virtude da outorga do mandato por instrumento público em que constam os poderes para *"receber todos e quaisquer valores de créditos",* porque o instrumento não lhe transfere os créditos não adquiridos, mas apenas os poderes para perseguir aqueles que foram objeto do contrato de cessão.

A respeito do tema, cito importante trecho do voto do E. Des. Luís Fernando Camargo de Barros Vidal, integrante desta C. Câmara, na Apelação Cível nº 1019809-39.2022.8.26.0405:

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

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

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

Não é dissonante o entendimento dos demais integrantes desta C. Câmara:

"APELAÇÃO CÍVEL. Ação de Cobrança de valores pagos em cota de consórcio cancelada. Sentença de procedência. Preliminar de incompetência do Juízo afastada. ***Contrato de cessão de crédito que expressamente exclui do negócio jurídico a multa compensatória estabelecida no Contrato de consórcio. Cessionário que não pagou pelo crédito que***

vindica. *Autonomia entre os dois Contratos. Procuração em causa própria desprovida de efeitos translativos da relação jurídica consorcial. Ilegitimidade ativa configurada. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO, para reconhecer a ilegitimidade ativa do Cessionário, extinguindo-se o Processo sem resolução do mérito nos termos do art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, devendo a Autora arcar com a integralidade dos ônus sucumbenciais."* (TJSP; Apelação Cível 1003898-92.2023.8.26.0100; Relator (a): Penna Machado; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 33ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/10/2023; Data de Registro: 25/10/2023)

"*AÇÃO DE COBRANÇA - CESSÃO DE COTA CANCELADA DE CONSÓRCIO - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - RECURSOS. 1) APELO (AUTORA) - SENTENÇA EXTRA PETITA - NULIDADE - DECISÃO QUE ACOLHEU PEDIDO ESTRANHO AOS AUTOS - CAUSA MADURA - ARTIGO 1.013, § 3º, II, DO CPC - CESSÃO DE CRÉDITO PLENAMENTE VÁLIDA - CLAUSULA QUE VEDA A TRANSFERÊNCIA QUE SE AFIGURA NULA - ABUSIVIDADE E INJUSTIFICADA RESTRIÇÃO A DIREITOS DO CONSUMIDOR - ADMINISTRADORA PREVIAMENTE NOTIFICADA QUE, AINDA ASSIM, EFETUOU O PAGAMENTO AO EX-CONSORCIADO - ADIMPLEMENTO PERANTE A CESSIONÁRIA QUE SE IMPÕE - ARTIGO 312 DO CPC - PRECEDENTES DO TJSP -* ***VALOR DEVIDO, PORÉM, DO QUAL DEVEM SER ABATIDOS OS DESCONTOS RELATIVOS À CLÁUSULA PENAL, EM CONFORMIDADE, INCLUSIVE, COM O PRÓPRIO CONTRATO DE CESSÃO*** *- AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 2) APELO (RÉ) - DENUNCIAÇÃO À LIDE DO EX-CONSORCIADO - DESCABIMENTO - INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DAS HIPÓTESES DO ARTIGO 125 DO CPC - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA - QUESTÃO QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO, CUJA ANÁLISE RESTA PREJUDICADA EM RAZÃO DO PARCIAL ACOLHIMENTO DO INCONFORMISMO DA AUTORA - RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO. 3) RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO, DESPROVIO O DA RÉ, NA PARTE CONHECIDA.*" (TJSP; Apelação Cível 1030691-60.2022.8.26.0405; Relator (a): Carlos Abrão; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/10/2023; Data de Registro: 26/10/2023)

"Apelação – Ação de cobrança de valores pagos por consorciado excluído – Procedência parcial – Preliminares de cerceamento de defesa, julgamento "extra petita", ausência de fundamentação na sentença e erro material, afastadas – Cessão de cota de consórcio cancelada – Pro-

curação pública que se mostra suficiente para demonstrar que a cedente outorgou poderes à cessionária para vender, ceder ou transferir para o seu próprio nome ou a quem convier a cota cancelada - Desnecessidade de anuência da administradora do consórcio para a validade da cessão por se tratar de cota cancelada por exclusão do consorciado do grupo – Cessão que implica apenas na transferência de direitos e não de obrigações mútuas que possam prejudicar os interesses do grupo e da administradora de consórcio - Notificação da instituição financeira acerca da cessão de direitos, nos termos do art. 290 do Código Civil devidamente realizada, tendo sido recebida sem ressalva pelo preposto do réu – Inaplicabilidade da Taxa Selic – Abusividade da cláusula que estipula multa a título de "cláusula penal" – Afastamento de sua aplicação que deve ser mantido – ***Multa contratual, porém, que deve ser afastada do montante postulado pela autora, por ter sido expressamente excluída desta cessão de crédito aqui versada, consoante previsto na cláusula 1ª. desse contrato*** *- Desconto referente à taxa de administração e seguro, entretanto, que é permitido - Encargos destinados a cobrir os custos da administradora com a efetiva prestação de serviços – Sentença parcialmente reformada – Recurso da autora improvido e provido em parte o da ré."* (TJSP; Apelação Cível 1031083-97.2022.8.26.0405; Relator (a): Thiago de Siqueira; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/09/2023; Data de Registro: 29/09/2023)

Confira-se, ainda, o seguinte precedente:

"Cessão de crédito – Cota de consórcio cancelada – Ausência de interesse e legitimidade ativa – Regra de vedação de pleitear direito alheio em nome próprio – Artigo 18 do CPC - Negócio de cessão de crédito sobre cota de consórcio cancelada - Artigos 286 a 298 do Código Civil - Cláusula contratual – Limitação de alcance – Interpretação restritiva – Multa compensatória – Disposição que não foi objeto da cessão – Cessão de crédito que não se confunde com cessão de posição contratual (cessão do contrato) – Impossibilidade de discussão sobre a questão de prejuízo relativa à cobrança da cláusula penal de caráter compensatório - Lei 11.795/2008 e artigo 53, § 2º, do CDC - Posição contratual que é condição determinante para a apreciação da desistência/cancelamento - Processo extinto - Artigo 485, VI, do CPC. Recurso provido." (TJSP; Apelação Cível 1016766-05.2023.8.26.0100; Relator (a): Henrique Rodriguero Clavisio; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 33ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/10/2023; Data de Registro: 24/10/2023)

Por tais razões, é o caso de se acolher as preliminares de ilegitimidade

Acesso ao Sumário

ativa e falta de interesse de agir, ocasionando a extinção do feito sem apreciação do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC, arcando a Autora Apelada com as custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios que arbitro em 10% do valor da causa. Fica prejudicada a apreciação das demais questões arguidas pelas partes, com exceção da cláusula de proibição da cessão dos direitos relativos à cota contemplada para invalidar o negócio jurídico.

Não se pode admitir tamanha limitação de direitos, o que configura patente abusividade, de modo a impedir que a cessionária possa receber o montante equivalente ao que lhe foi livremente cedido pelo consorciado original, para o que, inclusive, a anuência da administradora do consórcio não era imprescindível. Nesse sentido, inclusive, já decidiu essa Corte:

> *APELAÇÃO. Consórcio. Ação de cobrança. Sentença de procedência. Inconformismo da administradora de consórcio ré. Sem razão. Denunciação da lide. Descabimento. Instrumento público de cessão de cotas canceladas que diverge do contrato de consórcio. Desnecessidade de anuência prévia da administradora.* ***Cláusula de vedação de cessão de crédito****.* ***Abusividade****. Precedentes do STJ e deste Tribunal. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1033480-32.2022.8.26.0405; Relator (a): Roberto Maia; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/10/2023; Data de Registro: 03/10/2023)*

Embora tanto o contrato de consórcio quanto o artigo 13, da Lei 11.795/08, prevejam a necessidade de prévia anuência da administradora do consórcio para transferência dos direitos e obrigações decorrentes do contrato para terceiros, **tais regras não se aplicam na situação dos autos**, diante da inexistência de obrigações pendentes do consorciado (cedente) perante o grupo de consórcio, tendo em vista se tratar de **cota cancelada**.

A cessão de cota cancelada não se confunde com cessão de posição contratual, ou com cessão de "direitos e obrigações decorrentes do contrato de participação em grupo de consórcio" (nos termos do artigo 13 da Lei 11.795/08), haja vista que **o consorciado que tem sua cota cancelada é titular do direito ao recebimento de um crédito**, de modo que a mudança de titularidade não implica em qualquer prejuízo, atraindo a incidência das regras previstas nos artigos 286 e seguintes do Código Civil.

Nesse contexto, foi editado o Enunciado nº 16 deste E. Tribunal:

> ***"É possível a cessão de direitos creditórios inerentes à quota de consórcio cancelada, independentemente da anuência da administradora****, admitindo-se a propositura de ação judicial para anotação e registro, visando evitar pagamento indevido, mediante prova da cessão, e desde que haja recusa ou omissão diante de pedido extrajudicial prévio"* (destaquei)

Acesso ao Sumário

Assim, não restam dúvidas acerca da validade da cessão objeto da lide, devendo ser observado o disposto no artigo 290 do Código Civil:

> *"Art. 290. A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.*

Logo, a cessão de cota cancelada é válida.

Não obstante, embora válida a cessão de cotas, a extinção da ação neste momento, é medida que se impõe, ficando ressalvado que em caso de contemplação ou encerramento do grupo, o que ocorrer primeiro, os créditos deverão ser direcionados à Autora, com exclusão da multa.

Para se evitar incidentes desnecessários, importante ressaltar que não está o órgão julgador obrigado a tecer considerações acerca de toda a argumentação deduzida pelas partes, senão aquelas que interfiram no deslinde da causa, o que se verificou no caso concreto.

Ademais, para acesso às instâncias extraordinárias é desnecessária expressa menção a todos os dispositivos legais deduzidos pelas partes. De todo modo, registra-se que é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça1 no sentido de que *"tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais bastando que a questão posta tenha sido decidida"*.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para acolher as preliminares de ilegitimidade ativa e falta de interesse de agir, ocasionando a extinção do feito sem apreciação do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC, arcando a Autora Apelada com as custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios que arbitro em 10% do valor da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1108802-08.2019.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados JUSSARA VALÉRIA ALVAREZ RIZZI (JUSTIÇA GRATUITA) e HIAWATHA RIZZI COELHO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada/apelante SOCIEDADE BENEFICENTE SÃO CAMILO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª 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 5252)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO (Presidente sem voto), ALFREDO ATTIÉ e DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT.

São Paulo, 31 de julho de 2024.

Acesso ao Sumário

DARIO GAYOSO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Prestação de serviços médicos/hospitalares. Ação de cobrança.
Respeitável sentença de procedência em parte.
Inconformismo da requerida. Argumenta ter ocorrido cerceamento de prova. Busca a improcedência da ação.
Recurso da autora. Busca o afastamento da adequação dos valores à média de preços do mercado e a procedência da ação.
Cerceamento de prova. Não ocorrência. Requerimento genérico de prova testemunhal sem justificativa da pertinência da prova e de sua influência na solução da lide. O magistrado é o destinatário da prova e pode indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Inteligência do artigo 370, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Prova produzida suficiente para dirimir a controvérsia.
Requerida Jussara que, na condição de paciente, usufruiu incontroversamente dos serviços prestados pelo hospital autor. Estado de perigo. Inocorrência. Ausência de obrigação excessivamente onerosa. Opção pelo atendimento médico-hospitalar particular, de livre escolha das requeridas, que, inclusive, poderiam optar por hospital público (SUS). Prova pericial que confirma a prestação de serviços adequados à paciente; bem como a ausência de imposição de procedimentos desnecessários. Desnecessidade de orçamento prévio da prestação dos serviços, tendo em vista que o caráter emergencial inviabiliza esta providência. Inexistência de prova do pagamento do débito. Rés que devem arcar com o pagamento dos serviços para que não haja enriquecimento sem causa.
Apuração dos custos dos serviços prestados que também se insere no escopo da prova pericial. Possibilidade de adequação de preços dos serviços à média de preços do mercado diante da abusividade constatada em parte dos valores cobrados do consumidor, que é parte vulnerável e hipossuficiente na relação de con-

Jurisprudência - Direito Privado
Acesso ao Sumário

sumo. Vedação ao enriquecimento sem causa. RECURSOS DESPROVIDOS.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de cobrança ajuizada por SOCIEDADE BENEFICENTE SÃO CAMILO em face de JUSSARA VALÉRIA ALVAREZ RIZZI e outro.

A respeitável sentença (p. 1646/1772), julgou parcialmente procedentes os pedidos da parte autora, a fim de condenar os réus ao pagamento dos serviços médico-hospitalares prestados, no valor de R$ 49.400,00, já considerando a redução do valor apontada e recomendada pela perícia (p. 1423/1425), com correção monetária pela Tabela Prática divulgada por este Egrégio Tribunal e juros de mora de 1% ao mês, a contar da notificação de página 38. Em razão da sucumbência recíproca, mas em maior proporção dos réus, condenou os réus ao pagamento de 70% das custas e despesas processuais, devendo a parte autora arcar com 30%. Ainda, condenou cada parte ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos patronos da parte contrária, fixados em 10% do respectivo proveito econômico obtido por cada um dos polos da demanda, nos termos do artigo 85, §2º, do Código de Processo Civil, ressalvada a gratuidade concedida à corré Jussara.

Inconformados, os requeridos interpuseram recurso de apelação (p. 1646/1772), sustentando que o MM. Juiz não observou os vícios de consentimento do contrato havido entre o paciente e a Sociedade Beneficente São Camilo e ignorou o princípio da onerosidade excessiva, bem como as inúmeras discrepâncias, como, por exemplo, os valores e preços exorbitantes, a imposição de serviços não necessários, a negligência e a responsabilidade objetiva do hospital, no tratamento da saúde do paciente. Alega que houve cerceamento da defesa, no indeferimento da prova testemunhal; requereu a transferência para hospital público "SUS"; o contrato não tinha menção de custos ou preços do que seria cobrado; prestação de serviços inadequados e desnecessários; vício de consentimento na assinatura do contrato, por estado de perigo. Requer, ainda, condenação pela responsabilidade objetiva da Sociedade Beneficente São Camilo, por suposto dano causado à paciente, pela obrigação de fazer e pelo contrato não cumprido, culminando na improcedência das cobranças.

Pretende o provimento do recurso para reformar a sentença e julgar improcedente a ação, condenando o autor em litigância de má-fé, custas processuais e honorários advocatícios.

Apela também a parte autora (p. 1776/1784) sustentando que o perito extrapolou sua competência ao adentrar na análise dos custos dos materiais médicos, algo que não estava abrangido pelo objeto da perícia; a adequação e eficiência dos serviços prestados pelo hospital, conforme comprovado pelas

Acesso ao Sumário

notas fiscais, foram a essência do objeto da perícia, e a análise dos custos dos materiais médicos é uma questão alheia ao escopo inicial. Assevera que os preços cobrados estão em conformidade com os custos da atividade empresarial e a média do mercado; a mera análise pericial, não deve ser utilizada como argumento para contestar ou impugnar os valores praticados pelo hospital.

Contrarrazões ao recurso da requerida Jussara (p. 1788/1797), sustentando violação ao princípio da dialeticidade recursal ante a ausência de impugnação específica aos fundamentos da sentença; a perícia não constatou falha na prestação dos serviços; a pretensão da apelante de condenação do apelado por litigância de má-fé é infundada e desprovida de respaldo legal, devendo ser rejeitada; não há vício de consentimento ou estado de perigo. Quer o desprovimento do recurso das requeridas.

Os requeridos noticiaram a concessão de gratuidade da justiça à corré Hiawatha (p. 1802/1823).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

V O T O.

Recursos tempestivos.

Recurso do autor preparado (p. 1782/1784).

Dispensado o recolhimento do preparo recursal pelas requeridas, por serem beneficiárias da gratuidade de justiça (p. 376 e 1802/1808).

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, recebe-se os recursos nos efeitos devolutivo e suspensivo (artigos 1.012 e 1.013, ambos do Código de Processo Civil).

Foi dada oportunidade às partes para especificação das provas que pretendessem produzir (p. 104/106), não havendo fundamento na alegação de cerceamento.

Registre-se que o indeferimento da prova testemunhal foi fundamentado na ausência de justificativa sobre a pertinência da prova requerida, bem como por não ter sido justificada a participação das pessoas indicadas nos fatos debatidos (p. 292), a revelar verdadeiro requerimento genérico, sem demonstração de que a prova requerida detinha potencial de influenciar o convencimento do julgador na solução da lide.

Ademais, compete ao juiz velar pela rápida solução da lide e promover o julgamento antecipado se entender pela desnecessidade de produção de outras provas. Como destinatário da prova, indefere as diligências inúteis ou meramente protelatórias, como dispõem os artigos 355, inciso I e 370, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil.

Havendo elementos suficientes para a formação da convicção do julgador, a produção de provas revela-se desnecessária.

Acesso ao Sumário

Em casos semelhantes esta Colenda 27ª Câmara não reconhece cerceamento de provas, quando o juiz já tiver elementos de convicção suficientes:

APELAÇÃO – Prestação de Serviços de Provedor de Redes Sociais - Ação de Reparação Por Danos Morais com Pedido de Tutela de Urgência – Alega o autor que teve suas contas nas redes sociais "Instagram" e "Facebook", bloqueadas sem que lhe fosse dada a oportunidade do contraditório - Sentença de procedência – Apelação do requerido, arguição preliminar de cerceamento de defesa, alegação de julgamento ultra petita, bem como insistindo na improcedência da ação - Exame: ***Preliminar de cerceamento de defesa afastada - O Juiz é o destinatário principal e direto da prova, competindo-lhe aferir a necessidade da dilação probatória, para formação da sua convicção, conforme os artigos 370 e 371, ambos do Código de Processo Civil*** *– Alegação de julgamento extra petita não caracterizado, inteligência do artigo 322, §2º do Código de Processo Civil - Bem reconhecido o dano moral, nos termos do artigo 927, do Código Civil – Mantido o valor arbitrado em R$ 20.000,00, sendo que está de acordo com o abalo moral sofrido pelo autor, diante das circunstâncias específicas e sua gravidade, pois, foram respeitados os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade - Correção monetária desde o arbitramento, conforme a Súmula 362 do E. STJ - Decisão bem fundamentada e dentro da legislação processual – Precedentes desta C. 27ª Câmara de Direito Privado - Sentença mantida - RECURSO IMPROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1005372-54.2020.8.26.0084; Relator (a): Luís Roberto Reuter Torro; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional de Vila Mimosa - 3ª Vara; Data do Julgamento: 20/06/2023; Data de Registro: 21/06/2023).*

Portanto, não restou caracterizado cerceamento de prova ou violação ao contraditório.

Os recursos não comportam provimento.

Incontroversa a prestação do serviço médico-hospitalar em favor da ré Jussara, o que foi confirmado pela prova documental e pericial.

Não há necessidade de orçamento prévio da prestação dos serviços, tendo em vista que o caráter emergencial elide o dever legal contido no artigo 40 do Código de Defesa do Consumidor.

Vale dizer, *"Em atendimentos de urgência e emergência, exigir do hospital a apresentação de orçamento prévio - com descrição minuciosa do valor da mão-de-obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento, bem como as datas de início e término dos serviços - implica a inviabilidade da prestação do próprio serviço ao paciente, pois a dinâmica indispensável ao diagnóstico e resposta ao problema de saúde nessas circunstâncias impede a sua exaustiva discriminação prévia.* (REsp n. 1.578.474/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11/12/2018, DJe de 13/12/2018).

Acesso ao Sumário

A alegação de estado de perigo não convence, pois não houve demonstração de obrigação excessivamente onerosa como disposto no artigo 156 do Código Civil.

Isso porque não há como asseverar que os valores cobrados das

requeridas sejam incompatíveis com a cobrança que seria praticada em situação em que não se alegasse estado de perigo. Em outras palavras, não se verifica cobrança em valores excessivos comparados com as condições normais de contratação.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça já afastou o tão-só sacrifício patrimonial extremo de alguém como elemento caracterizador da obrigação excessivamente onerosa, sendo imprescindível a imposição de *"serviços desnecessários, conscientemente fixada pela contraparte da relação negocial"* (REsp n. 1.578.474/SP).

O laudo pericial confirmou a prestação dos serviços e os valores cobrados, sem indicação de imposição de procedimentos desnecessários à paciente.

Portanto, há de se reconhecer ausente prova inequívoca de vício de consentimento apto a se reconhecer a nulidade ou anulação do negócio jurídico.

Ademais, como bem fundamentou o MM. Juiz: *"[...] não há nos autos qualquer documento que comprove a solicitação de transferência da paciente para outro hospital, especialmente da rede pública, como observado pelo perito às fls. 1422, o que coloca em dúvida a afirmação de que houve impedimento à remoção de Jussara para vaga no SUS. Ressalte-se, ademais, que nada obstava que os próprios réus diligenciassem em busca da vaga em hospital público, em vez de optar por um hospital privado. Nesse contexto, impõe-se a pretendida cobrança, já que o hospital apenas exige o custo pelos serviços que foram prestados ao paciente em caráter particular e não pago."*

Há de se ressaltar, *"atividades empresariais voltadas especificamente para o atendimento de pessoas em condição de perigo iminente, como se dá com as emergências de hospitais particulares, não podem ser obrigadas a suportar o ônus financeiro do tratamento de todos que lá aportam em situação de risco à integridade física, ou mesmo à vida, pois esse é o público-alvo desses locais"* (REsp n. 1.578.474/SP).

Acesso ao Sumário

Não há vicio de consentimento ou invalidade do ato, pois a opção pelo atendimento médico-hospitalar particular foi pela livre escolha das requeridas, que, inclusive, poderiam optar por um hospital público (SUS).

Portanto, comprovada a regular prestação do serviço em benefício da paciente; e inexistindo prova da contraprestação devida, forçoso reconhecer que as requeridas não se desincumbiram do ônus que lhes competia, de modo que não há fundamento capaz de impedir a cobrança.

Nesse sentido já decidiu esta Colenda 27ª Câmara:

APELAÇÃO. Ação de cobrança. Despesas médico-hospilares. Sentença

de procedência. Insurgência da parte ré. Não acolhimento. Estado de perigo. Inocorrência. Ausência de obrigação excessivamente onerosa. Alegação de abusividade dos preços cobrados, ainda, que é genérica e não afasta a pretensão de cobrança. Denunciação da lide indeferida. Possibildiade de ajuizamento de ação própria. Inteligência do artigo 125, §1º, do Código de Processo Civil. Ausência de prejuízo à parte ré que é responsável pelo pagamento da obrigação livremente assumida independente de eventual responsabilidade do estado a ser discutida. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1095559-89.2022.8.26.0100; Relator (a): Rogério Murillo Pereira Cimino; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 39ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/06/2024; Data de Registro: 24/06/2024).

APELAÇÃO. Ação de cobrança. Prestação de serviços médico- hospitalares. Inadimplemento. SENTENÇA que julgou procedente a ação principal e improcedente a reconvenção. RECURSO manejado pela parte ré. EXAME. Inocorrência de vício de consentimento. Estado de perigo não caracterizado. Serviços efetivamente prestados. Ausência de prova de onerosidade excessiva. Réu que deve arcar com o pagamento dos serviços para que não haja enriquecimento sem causa. Sentença mantida. RECURSO IMPROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1029059-31.2022.8.26.0071; Relator (a): Celina Dietrich Trigueiros; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bauru - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/12/2023; Data de Registro: 20/12/2023).

Ação de Cobrança. Serviços hospitalares. Ação julgada procedente, condenada a ré ao pagamento das despesas dos serviços médicos. Opção por atendimento particular. Inexistência de irregularidade na cobrança. Ação julgada procedente. Apelação da ré. Renovação dos argumentos anteriores. Paciente atendida em hospital particular. Prova documental acostada nos autos suficiente para desate da controvérsia. Ausente abusividade do montante exigido, bem como quaisquer vícios de consentimento. Adoção dos fundamentos da sentença, em razão do permissivo do artigo 252, do Regimento Interno desta Egrégia Corte. Razões recursais que não conseguiram abalar os fundamentos expostos na sentença. Procedência da ação bem decretada. Sentença mantida. Recurso improvido, com observação. (TJSP; Apelação Cível 1004460-49.2022.8.26.0161; Relator (a): Luis Roberto Reuter Torro; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de Diadema - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/11/2023; Data de Registro: 22/11/2023).

Descabida a análise acerca dos supostos danos que as apelantes alegam que a paciente Jussara teria suportado em decorrência de atendimento médico prestado de forma ineficiente e ineficaz, devem ser perseguidos pelas vias próprias, se o caso, seja porque não foi admitida a reconvenção, seja porque a matéria não foi analisada na sentença e o seu conhecimento apenas em grau recursal, caracterizaria supressão de instância.

Acesso ao Sumário

Vale enfatizar, o laudo pericial indica que as condutas adotadas pela equipe que atendeu à paciente foram adequadas e condizentes com a literatura médica disponível (p. 1421), de modo que as alegações das rés não se revelam suficientes para afastar a cobrança ora pretendida pelo autor.

O laudo elaborado pelo perito judicial foi produzido de forma adequada, seguindo as normas técnicas e método apropriado, realizando amplo estudo do caso, devendo prevalecer sua conclusão.

O descontentamento em relação à prova pericial, não altera a solução da lide, pois não há fundamento para afastar a conclusão apontada pelo perito, ante a ausência de prova em sentido contrário.

Em relação ao recurso do autor, a indicação no laudo pericial sobre o custo dos serviços que deram origem à cobrança não acarreta qualquer mácula à prova pericial, sobretudo porque, a perícia também tinha o escopo de fornecer elementos para o exame da ocorrência de eventual obrigação excessivamente onerosa, de modo que a análise do custos dos materiais médicos também fazia parte de seu escopo, não havendo qualquer irregularidade nesse sentido.

Logo, constatada abusividade da cobrança de valores com preços incompatíveis com o praticado por outros nosocômios, o valor do débito deve ser adequado à média de preços do mercado, sob pena de configurar enriquecimento sem causa do autor, em detrimento do consumidor, parte vulnerável e hipossuficiente na relação de consumo.

Portanto, não há fundamento para acolher o inconformismo do autor, devendo ser mantida a respeitável sentença, pois deu adequada solução ao litígio.

Por fim, não se vislumbra litigância de má-fé, pois as partes se limitaram ao seus direitos, de ação e defesa, em observância aos limites legais e constitucionais, sem quaisquer excesso ou abusos.

Nesse contexto, pelo meu voto, **NEGA-SE PROVIMENTO aos recursos do autor e das requeridas.**

Em razão do desprovimento dos recursos, majoro os honorários sucumbenciais de dez por cento (10%) para quinze por cento (15%) sobre o valor do proveito econômico obtido por cada um dos polos da demanda (ativo e passivo), com base no artigo 85, §11, do Código de Processo Civil, observada a suspensão da exigibilidade, como estabelece o artigo 98 §§ 2º e 3º, do mesmo código, por ser serem as requeridas beneficiárias da gratuidade de justiça (p. 376 e 1802/1808).

Considera-se prequestionada toda matéria constitucional e infraconstitucional discutida, evitando-se, com isso, oposição de embargos de declaração para este fim (Súmulas 211 do Superior Tribunal de Justiça e 282 do Supremo Tribunal Federal).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1014291-79.2023.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DANIEL BORGES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MOBIBRASIL TRANSPORTE SÃO PAULO LTDA.

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 55160)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente) e MIGUEL PETRONI NETO.

São Paulo, 2 de agosto de 2024.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: Apelação - Responsabilidade civil Transporte de pessoas Queda de passageiro em transporte coletivo Responsabilidade objetiva da transportadora Matéria probatória Nexo causal entre o dano sofrido pelo autor por ocasião do transporte no equipamento da ré não demonstrado pela prova amealhada nos autos Ação improcedente - Recurso desprovido Sentença mantida.

VOTO

Trata-se de ação indenizatória por danos morais fundada em contrato de transporte de passageiro objetivando o ressarcimento pelos danos sofridos pelo autor que seriam decorrentes de acidente ocorrido dentro do coletivo da empresa requerida.

A r. sentença de fls. 152/156, cujo relatório se adota, julgou o feito improcedente, condenado o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios em favor do patrono da ré, arbitrados em 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade deferida ao autor.

Inconformado, apela o requerente (fls. 159/172). Diz, em síntese, que a sentença proferida não se ateve às provas produzidas nos autos. Assevera que o relatório da SPTrans atesta os horários em que o autor esteve no coletivo da ré, e que a prova testemunhal confirmou a queda sofrida dentro do ônibus. Atribui a divergência de datas entre o acidente e o socorro médico e a comunicação de acidente de trabalho (CAT) ao fato de quando o autor buscou auxílio médico. Digressa que a única testemunha da ré foi ouvida sem compromisso, atribuindo parcialidade ao seu depoimento. Defende que o autor só se apercebeu da gravi-

Acesso ao Sumário

dade das lesões no dia seguinte, por conta das dores, quando buscou o socorro médico. Afirma que o motorista e o cobrador não prestaram socorro à vítima. Aponta que o bilhete único do autor atesta que ele estava dentro do ônibus, sendo a responsabilidade objetiva da empresa ré pelo dano físico sofrido pelo passageiro no interior do coletivo. Invoca a legislação de regência da matéria e jurisprudência aplicável. Pede a procedência da ação, com a inversão do ônus sucumbencial.

Recurso tempestivo, isento de preparo, com contrarrazões a fls. 176/182.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Cuidam os autos de ação de indenização por danos morais porque, segundo narra a inicial, no dia 13 de setembro de 2022, o autor era passageiro da ré, ocasião em que teria sofrido danos físicos consubstanciados em "luxação, entorse e distensão das articulações e ligamentos do joelho" em razão de uma queda ocorrido no interior do coletivo, após freada brusca de seu condutor.

Diz o autor que não obteve auxílio do motorista, tampouco do cobrador, e que estava a caminho do trabalho, para onde se dirigiu após desembarcar do ônibus, com muita dificuldade para caminhar em razão das dores, sendo que, após procurar por socorro médico, foi afastado de suas atividades laborais por 14 (catorze) dias, sendo emitida a comunicação de acidente de trabalho (CAT).

Busca a reparação moral no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), pois, segundo afirma, foi atingido física e emocionalmente com a conduta da ré e a omissão de socorro de seus prepostos.

A ré alega ausência de elementos que indiquem ter o acidente ocorrido no interior de veículo de sua propriedade e que, não havendo prova do nexo de causalidade a ensejar a pretendida reparação, a improcedência da ação é de rigor.

Após a instrução probatória, com a colheita de prova oral, pericial e documental, sobreveio a r. sentença de improcedência do pedido, que deve ser mantida.

Embora lamentável a situação vivenciada pelo autor, pela análise dos autos é possível concluir que o MM. Juiz analisou corretamente o conjunto probatório amealhado, conferindo justo e jurídico desfecho à demanda, em r. decisão que prevalece por seus próprios fundamentos.

O entendimento do nobre Julgador de 1º grau foi no sentido de que ***"(...) considerado integralmente verídico o depoimento da testemunha trazida pelo autor, repito que não praticou o motorista qualquer ação que tivesse concorrido para sua lamentável queda. Diante da ausência de nexo causal entre a conduta do preposto da ré e a queda e posteriores danos sofridos, inexiste dano moral a ser indenizado (...)"*** (fls. 155, segundo parágrafo).

E esse entendimento deve ser mantido.

Acesso ao Sumário

Isto porque, não obstante a configuração do evento danoso, consubstanciado nas lesões físicas sofridas pelo autor descritas a fls. 19/20 e 22, a responsabilidade pelo ilícito não pode ser imputada à empresa requerida.

Consigne-se que para se caracterizar o dever de indenizar, mister estejam presentes os pressupostos ensejadores da responsabilidade civil: o dano, a conduta culposa e o nexo de causalidade. Na ausência de qualquer um deles, a improcedência da ação se impõe.

Há a necessidade da existência concomitante de todos os pressupostos da responsabilidade civil para que haja a obrigação de indenizar.

Ora, o autor não conseguiu demonstrar pelas provas que produziu o fato de que a empresa apelada, por meio de seu preposto, tenha concorrido de qualquer forma para o evento danoso.

Isso porque, embora a responsabilidade do transportador seja objetiva, fundada na teoria do risco e na legislação consumerista, já que tem a obrigação de conduzir o passageiro incólume ao local de destino, tal responsabilidade, neste específico caso, fica afastada em decorrência da inconsistência da prova documental.

O autor afirma na inicial que o acidente ocorreu na data de 13.9.2022, ocasião em que era transportado pelo coletivo da requerida, o que está respaldado pelos relatórios da concessionária de fls. 103/126.

Entretanto, o documento CAT (comunicação de acidente de trabalho) emitido pela sua empregadora está datado de 14.9.2022 (fls. 16/17), dando conta de que o autor, seu funcionário, teria trabalhado habitualmente na data informada na inicial como a da queda (dia 13.9.2022), o que depõe contra direito seu.

Em acréscimo, tem-se o laudo médico que informa que o atendimento se deu em 14.9.2022 (fls. 19/20), sendo que o exame de ressonância realizado a fls.

22 indica que as lesões sofridas foram significativas, tanto que ensejaram seu afastamento das atividades laborativas por 14 dias, o que coloca em dúvida se a queda se deu dentro do coletivo no dia 13, porque, dada a gravidade do fato, chama a atenção que o vitimado não buscou por imediata ajuda médica.

Os relatórios da SPTrans indicam que o autor foi transportado no coletivo da requerida no dia 13.9.2022 (fls. 110), no início da manhã (5h46), quando teria sofrido a queda, e no final da tarde (16h27), o que sugere que trabalhou o dia todo, o que está respaldado pela comunicação oficial da empregadora.

Essa situação também chama a atenção e coloca em dúvida que o acidente teria se dado logo cedo, pois, mesmo ante as gravidades das lesões, o autor trabalhou o dia todo somente retornando para casa no final da tarde, no coletivo da empresa requerida, sem procurar por auxílio médico de emergência.

Como considerado na sentença apelada, a fls. 154: *"(...) Às fls. 19/24 o atestado de atendimento na UPA a denotar o deslocamento do autor para o pronto Socorro apenas no dia 14/09/22. Mais uma vez, pela extensão a le-*

Acesso ao Sumário

são, estranho não ter buscado atendimento médico de imediato, ou seja, no dia 13/09/22."

Por outro lado, a única testemunha arrolada pelo autor embora tenha afirmado em Juízo que ele caiu dentro do coletivo ao passar pela catraca, deixou de mencionar a condução anormal do veículo - aceleração ou frenagem busca - que teriam ocasionado o acidente, o que igualmente chama a atenção.

Por fim, também causa estranheza o fato de que tivesse o acidente ocorrido dentro do coletivo nenhuma pessoa tivesse se apiedado do passageiro em situação tão fragilizada, caído no solo do veículo, e oferecido apoio ou ajuda, já que a testemunha do apelante informou que a vítima ficou no chão por longo período, com muitos rindo do acontecido.

A testemunha da ré, por sua vez, embora ouvida sem compromisso, informou que o autor não contatou a empresa em nenhum momento sobre os fatos narrados na inicial, sendo que a requerida somente tomou conhecimento quando citada para a presente ação, o que parece crível já que o próprio autor não trouxe aos autos qualquer prova de que tenha provocado extrajudicialmente a empresa sobre o acidente.

Essa situação toda, analisada em conjunto, embora lamentável, demonstra não haver nexo causal entre o comportamento do transportador e o dano experimentado pelo apelante, ficando elidida a presunção de responsabilidade da apelada para o caso em discussão.

Como entendeu Sua Excelência, a quem se pede licença para reproduzir o trecho da sentença:

"Por amor ao debate, considerado integralmente verídico o depoimento da testemunha trazida pelo autor, repito que não praticou o motorista qualquer ação que tivesse concorrido para sua lamentável queda. Destarte, diante da ausência de nexo causal entre a conduta do preposto da ré e a queda e posteriores danos sofridos, inexiste dano moral a ser indenizado." (fls. 155)

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a r. sentença tal como lançada, majorada a honorária recursal para 12% sobre o patamar fixado em primeiro grau (CPC, art. 85, §11), sempre observada a gratuidade processual concedida ao autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1011579-30.2018.8.26.0152, da Comarca de Cotia, em que é apelante A BRANCO CADASTRO E COBRANÇA LTDA, são apelados FINANSEG ADMINISTRAÇÃO E CORRETAGEM DE SEGUROS LTDA, CAIXA CONSÓRCIOS S.A. ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS, CAIXA SEGURADORA S/A e FPC PAR CORRETORA DE SEGUROS S/A.

ACORDAM, em 12ª 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 28.241)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), CASTRO FIGLIOLIA e TANIA AHUALLI.

São Paulo, 31 de julho de 2024.

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. COBRANÇAS. REMUNERAÇÃO DA EMPRESA CONTRATADA. ROMPIMENTO DO AJUSTE PELAS CONTRATANTES. PENDÊNCIAS NÃO SOLVIDAS.

Não há nulidade da r. sentença e da r. decisão sobre os embargos de declaração, na medida em que definidos os temas essenciais com oferta dos fundamentos saudáveis para o exame dos pontos destacados. Requisitos legais atendidos e, na forma em que lançadas, não houve prejuízo às partes, que tiveram ampla oportunidade para impugnação.

A juntada de alguns documentos pelas partes respeitou ao contraditório essencial, de modo que não existindo má-fé não há violação do devido processo legal, até porque são de conhecimento comum em sua maioria e afastado encontra-se o fator surpresa.

Respeitada a convicção do r. Juízo de Direito "a quo", fica afastada sua conclusão no sentido de que não existiria uma "cadeia de fornecedores" e, consequentemente, acolhidas a tese da apelante apontando que "as destinatárias dos serviços (TOMADORAS) e as obrigadas ao pagamento da remuneração sempre foram a CAIXA CONSÓRCIOS e a CAIXA SEGURADORA", respondendo, as duas e em caráter solidário, com as outras corrés Finanseg Administração e Corretagem de Seguros Ltda. e WIZ Soluções e Corretagem de Seguros S/A, pelos pagamentos devidos para a apelante.

Os documentos acostados pela autora demonstram, livre de dúvidas, que os serviços contratados pelas corrés foram efetivados até o rompimento dos ajus-

Acesso ao Sumário

tes por iniciativa delas, corrés, de modo que a remuneração exigida se mostra totalmente devida e, não, parcialmente, como resolveu a r. sentença de primeiro grau.

Não há falar em litigância de má-fé ou em violação da boa-fé objetiva como sustentam as corrés Finanseg Administração e Corretagem de Seguros Ltda. e WIZ Soluções e Corretagem de Seguros S/A, tampouco devem ser decotados os valores apontados nas contrarrazões das corrés Caixa Seguradora S/A e Caixa Consórcios S/A Administradora de Consórcios, sob a alegação de serem relativas a cotas de consórcio administradas e formadas por empresas diversas, pois seus acordos operacionais não vinculam a autora, remanescendo aberta eventual via regressiva para que essas apeladas busquem o que entenderem ser do seu direito em sede própria.

Preliminares rejeitadas. Apelação provida.

VOTO

Vistos,

1. A. Branco Cadastro e Cobrança Ltda. moveu ação de cobrança contra Finanseg Administração e Corretagem de Seguros Ltda., WIZ Soluções e Corretagem de Seguros S/A, Caixa Consórcios S/A Administradora de Consórcios e Caixa Seguradora S/A, objetivando delas receber R$793.447,75, com correção monetária, juros de mora e multa contratual, pertinentes ao saldo em aberto das pendências relativas aos serviços prestados (fls. 1/12). Juntou documentos (fls. 13/205).

Formalizada a angularidade, as corrés ofertaram contestações. Finanseg Administração e Corretagem de Seguros Ltda. e Wiz Soluções e Corretagem de Seguros S/A (fls. 230/275); anexaram documentos (fls. 276/885). Caixa Seguradora S/A e Caixa Consórcios S/A Administradora de Consórcios (fls. 886/908); juntaram documentos (fls. 909/2.721). A autora replicou (fls. 2.724/2.764) e juntou documentos (fls. 2.765/4.224).

O r. Juízo de Direito a quo facultou a indicação justificada de outras provas (fl. 4.225). A autora pediu o julgamento antecipado (fls. 4.227/4.228), Finanseg Administração e Corretagem de Seguros Ltda. e Wiz Soluções e Corretagem de Seguros S/A pediram provas documental, pericial e oral (fls. 4.229/4.231) e Caixa Seguradora S/A e Caixa Consórcios S/A Administradora de Consórcios formularam considerações e pediram pelo julgamento no estado (fls. 4.232/4.239).

O r. Juízo de Direito a quo declinou da competência e remeteu os autos

Acesso ao Sumário

para a Justiça Federal (fls. 4.240/4.241). Embargos de declaração foram rejeitados (fl. 4.267). A Colenda 12ª Câmara de Direito Privado deu provimento ao agravo nº 2078224-54.2019.8.26.0000, mantendo a ação na Justiça Comum Estadual (fls. 4.337/4.340).

Seguiram-se impulsos ordinatórios e o r. Juízo de Direito a quo fez a entrega da prestação jurisdicional (fls. 4.288/4.294):

> (...)
>
> Posto isso, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos para o fim de condenar as requeridas FINANSEG ADMINISTRAÇÃO E CORRETAGEM DE SEGUROS LTDA. e WIZ SOLUÇÕES E CORRETAGEM DE SEGUROS S/A a pagar à autora o montante de R$ 184.905,02, que deverá ser acrescido de correção monetária pela Tabela Prática do TJSP e juros moratórios de 1% ao mês a partir do 31º dia após a realização do leilão de cada bem que deu ensejo a tal valor.
>
> Em vista da sucumbência recíproca, arcarão as partes, na proporção de 50% para cada uma, com as custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios da parte adversa, que ora arbitro em 10% sobre o valor da condenação, tanto para o patrono da parte autora quanto o das requeridas FINANSEG ADMINISTRAÇÃO E CORRETAGEM DE SEGUROS LTDA. e WIZ SOLUÇÕES E CORRETAGEM DE SEGUROS S/A, vedada a compensação entre esses.
>
> Ainda, JULGO EXTINTO O FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, em relação a Caixa Consórcios S/A Administradora de Consórcios e Caixa Seguradora S/A, por manifesta ilegitimidade passiva, com fundamento no art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, ficando a parte autora condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios da parte adversa, que ora arbitro em 10% sobre o valor da causa.
>
> (...)

Embargos de declaração da autora (fls. 4.296/4.308) rejeitados (fls. 4.344/4.345). Os opostos pelas corrés Finanseg Administração e Corretagem de Seguros Ltda. e Wiz Soluções e Corretagem de Seguros S/A (fls. 4.347/4.352), não foram conhecidos (fls. 4.354/4.355).

A. Branco Cadastro e Cobrança Ltda. interpôs apelação onde discorreu sobre as relações jurídicas de direito material havidas entre as partes para, depois, dizer que a r. sentença de primeiro grau não está conforme *a realidade da demanda e dos documentos trazidos pelas partes*. Prossegue alegando nulidade da r. sentença e da r. decisão sobre os embargos de declaração, por ausência de fundamentação. Diz que as corrés Caixa Consórcios e Caixa Seguradora são partes legítimas pois tomadoras dos serviços e em nome de quem foram

Acesso ao Sumário

emitidas notas fiscais. Rebate pontos da r. sentença contrários ao seu modo de entender pois *nada poderia implicar no não pagamento dos honorários pelos serviços que efetivamente foram prestados às rés, sob pena de caracterizar enriquecimento sem causa.* Conclui com pedido para que a ação seja julgada totalmente procedente, condenando as rés ao pagamento da importância pleiteada na petição inicial (fls. 4.357/4.385).

Finanseg Administração e Corretagem de Seguros Ltda. e Wiz Soluções e Corretagem de Seguros S/A ofertaram contrarrazões alegando preliminares de impossibilidade de juntada de documentos com o recurso e de ausência de impugnação específica (fls. 4.401/4.452).

Caixa Seguradora S/A e Caixa Consórcios S/A Administradora de Consórcios ofereceram contrarrazões (fls. 4.453/4.477).

A autora-apelante A. Branco Cadastro e Cobrança Ltda. juntou documentos *novos* (fls. 4.491/4.577 e 4.579/4.665) e as corrés-apeladas Caixa Seguradora S/A e Caixa Consórcios S/A Administradora de Consórcios ofereceram sobre eles se manifestaram (fls. 4.669/4.672).

As corrés-apeladas Caixa Seguradora S/A e Caixa Consórcios S/A Administradora de Consórcios juntaram documento (fls. 4.674/4.676).

Oposição ao sistema do *Plenário Virtual* pelas corrés Finanseg e Wiz (fls. 4.483/4.484) e pela autora A. Branco (fl. 4.488).

É o relatório do essencial.

2. Não há falar em nulidade da r. sentença e da r. decisão sobre os embargos de declaração por ausência de fundamentação, na medida em que o r. Juízo de Direito a quo definiu os temas essenciais e ofereceu os fundamentos saudáveis para o exame dos pontos destacados. Os requisitos legais foram atendidos e, na forma em que lançadas, não houve prejuízo às partes, que tiveram ampla oportunidade para impugnação.

3. A juntada de alguns documentos pelas partes respeitou ao contraditório essencial, de modo que não existindo má-fé não há violação do devido processo legal, até porque são de conhecimento comum em sua maioria e afastado encontra-se o fator surpresa.

> *O STJ possui jurisprudência firme e consolidada no sentido de que 'a juntada de documentos com a apelação é possível, desde que respeitado o contraditório e inocorrente a má-fé, com fulcro no art. 397 do CPC' (REsp 980.191/MS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 10.3.2008; AgRg no REsp 1.120.022/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 2.6.2010).* **(AgInt no REsp 1.597.709-PE, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 08/11/2016).**

4. A apelação da autora expõe a pretensão de modificar a r. sentença em dois capítulos, (i) onde concluiu pela ilegitimidade das corrés Caixa Consórcios e Caixa Seguradora e, também, (ii) na parte em que limitou a condenação unica-

Acesso ao Sumário

mente a valores reconhecidos pelas devedoras.

Pois bem!

Razão assiste à apelante em relação à legitimidade passiva das corrés Caixa Consórcios e Caixa Seguradora, pois foram efetivamente as tomadoras e destinatárias dos seus serviços em cobrança nos presentes autos e em nome de quem eram emitidas notas fiscais a eles (serviços) relativas, conforme se apura detalhadamente pela documentação acostada à petição inicial (fls. 23/205).

As corrés Finanseg Administração e Corretagem de Seguros Ltda. e WIZ Soluções e Corretagem de Seguros S/A, atuavam nos contratos com a apelante como "longa manus" das corrés Caixa Consórcios e Caixa Seguradora, administravam suas cobranças e, na condição, "terceirizavam" para os efetivos "executores", como no caso a apelante.

É o que se extrai dos contratos demonstrando que as relações jurídicas estabelecidas no campo do direito material, de início "informais", assumiram expressamente uma cadeia de direitos e atribuições a eles (contratos) relativas: "1.4 Faz parte integrante deste Contrato, *independentemente de transcrição, cujo teor as partes se obrigam e declaram ter pleno conhecimento, o ANS (Acordo de Nível de Serviço) entre a FINANSEG e a CAIXA CONSÓRCIOS.*" (fl. 25); "*A CONTRATANTE, mensalmente, enviará à CONTRATADA, por meio eletrônico ou não, posição de inadimplência de consorciados contemplados, integrantes de grupos consorciais administrados pela CAIXA CONSÓRCIOS e segurados na carteira de quebra de garantia pelas apólices emitidas pela CAIXA SEGUROS S/A.*" (fl. 42)

Veja que a r. decisão proferida nos autos do processo nº 0007496-31.2016.8.26.0040, aqui trazida pelas próprias corrés Caixa Consórcios e Caixa Seguradora, também indica semelhante conclusão, no sentido de que a autora e todas as corrés formam uma verdadeira "cadeia de fornecedores" de produtos e serviços (fls. 4.674/4.676). Por outras palavras: as corrés Caixa Consórcios e Caixa Seguradora deveriam efetuar suas cobranças diretamente aos inadimplentes, mas terceirizaram a administração desses serviços para as corrés Finanseg Administração e Corretagem de Seguros Ltda. e WIZ Soluções e Corretagem de Seguros S/A, que, de seu turno, subcontrataram a autora para executar as tarefas.

Respeitada a convicção do r. Juízo de Direito "a quo", fica afastada sua conclusão no sentido de que não existiria uma "cadeia de fornecedores" e, consequentemente, acolhidas a tese da apelante apontando que "as destinatárias dos serviços (TOMADORAS) e as obrigadas ao pagamento da remuneração sempre foram a CAIXA CONSÓRCIOS e a CAIXA SEGURADORA" (fl. 4.370), respondendo, as duas e em caráter solidário, com as outras corrés Finanseg Administração e Corretagem de Seguros Ltda. e WIZ Soluções e Corretagem de Seguros S/A, pelos pagamentos devidos para a apelante.

Acesso ao Sumário

5. Com relação aos valores verifica-se que a petição inicial contém pedido e certo e determinado para a condenação das corrés em caráter solidário ao pagamento de R$827.979,55 (fl. 11), que representam as **diferenças** atualizadas entre o que seria efetivamente devido para a autora (R$793.447,75) e os pagamentos de fato efetuados após a denúncia dos contratos, estando discriminadas nas planilhas de fls. 195/204, tanto quanto aos imóveis com a propriedade consolidada bem como aos veículos objeto de apreensão.

Reavaliadas as provas produzidas sob regular contraditório assim como a tese da autora frente a antítese pelas corrés, conclui-se que o argumento daquela (autora) resulta irrespondível e merece acolhida, pois "...a extinção do contrato, sobretudo por iniciativa unilateral (resilição), exige que todas as obrigações (de qualquer das partes) estejam cumpridas integralmente" (fl. 4.380), o que afasta o entendimento consignado pelo r. Juízo de Direito "a quo" no sentido de que a autora renunciou "a seu direito de receber conforme previsto em contrato" (fl. 4.292).

Os documentos acostados pela autora demonstram, livre de dúvidas, que os serviços contratados pelas corrés foram efetivados até o rompimento dos ajustes por iniciativa delas, corrés, de modo que a remuneração exigida se mostra totalmente devida e, não, parcialmente, como resolveu a r. sentença de primeiro grau.

Não pode ser acolhida a argumentação das corrés no sentido de que a remuneração da autora só seria devida em relação aos serviços para 87 das 340 cotas cobradas (fl. 4.445) ou que somente após os bens serem "leiloados" nasceria o direito ao recebimento (fls. 4.471/4.472), sob pena de se permitir uma condição potestativa cuja implementação ficaria unicamente sob disposição favorável das recorridas. Além disso, a tese da limitação temporal "após leilão" não pode se perpetuar tendo em conta que o rompimento do ajuste se deu em 01/06/2018 e, passados quase seis anos, os bens que dão espeque à listagem que aparelha a cobrança das remunerações já foram (ou deveriam ter sido!) alienados.

Não há falar em litigância de má-fé ou em violação da boa-fé objetiva como sustentam as corrés Finanseg Administração e Corretagem de Seguros Ltda. e WIZ Soluções e Corretagem de Seguros S/A (fls. 4.401/4.452), tampouco devem ser decotados os valores apontados nas contrarrazões das corrés Caixa Seguradora S/A e Caixa Consórcios S/A Administradora de Consórcios (fls. 4.453/4.477), sob a alegação de serem relativas a cotas de consórcio administradas e formadas por empresas diversas, pois seus acordos operacionais não vinculam a autora, remanescendo aberta eventual via regressiva para que essas apeladas busquem o que entenderem ser do seu direito em sede própria.

Acesso ao Sumário

6. Acolhido integralmente o recurso a presente ação resulta totalmente procedente, com afastamento do decreto extintivo sem resolução do mérito em relação a Caixa Seguradora S/A e Caixa Consórcios S/A Administradora de

Consórcios, ficando as quatro (4) corrés solidariamente condenadas ao pagamento de R$827.979,55 para a autora, corrigidos monetariamente pela Tabela Prática do TJSP desde o ajuizamento (fl. 205), com juros de mora de 1% ao mês a partir da formalização da citação com a juntada do último AR positivo (21/01/2019 – fl. 229).

Pela sucumbência pagarão as quatro (4) corrés solidariamente as custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em 11% sobre o valor da condenação (art. 85, § 2º do CPC).

7. Em face ao exposto, rejeitadas as matérias preliminares, **dá- se provimento ao recurso** *ut supra*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1024209-67.2020.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes DANIEL FERNANDES PEDÃO e MARIA LUCIA COUTINHO PEDÃO, são apelados GEORGE SAMUEL ANTOINE, FRANCOIS GEORGE ANTOINE, CAMPINAS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE EIRELI e JEAN CLAUDE ANTOINE.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45266)**

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

São Paulo, 6 de agosto de 2024.

VIVIANI NICOLAU, Relator

Ementa: "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONTRATO DE PERMUTA. REGIME DE AFETAÇÃO. Permuta de terreno, destinado à incorporação imobiliária, por onze unidades autônomas e respectivas vagas de garagem. Submissão da incorporação imobiliária ao regime de afetação, nos termos do art. 31-A da Lei 4.591/1964. Inadimplemento da incorporadora. Sentença de parcial procedência, para condenar os réus, solidariamente, a pagar aos autores a multa de R$ 1.000,00 por unidade permutada e mês de atraso, a contar de 180 dias a partir de 01/08/18, até o limite de R$ 1.000.000,00, valor do negócio entre as partes. Inconformismo dos

Acesso ao Sumário

autores. PRELIMINAR. Preliminar de deserção do recurso aventada em contrarrazões, prejudicada. Recolhimento complementar do preparo recursal efetivado pelos apelantes de forma tempestiva. MÉRITO. Inaplicabilidade da Lei nº 13.786/2018, porquanto posterior ao contrato firmado entre as partes em 2013. Hipótese em que o terreno permutado pelos autores foi destinado à incorporação imobiliária, com a venda de frações ideais a terceiros adquirentes e submetida ao regime de afetação. Inviabilidade da reintegração de posse, já que o terreno em questão integra o patrimônio de afetação da incorporação imobiliária. Regime de afetação passível de extinção apenas nas hipóteses previstas no artigo 31-E da Lei 4.591/1964, não verificadas no caso concreto. Rescisão contratual que encontra óbice na preservação dos interesses dos terceiros adquirentes de boa-fé, que possuem legítima expectativa de que a incorporação imobiliária seja concluída, nos termos em que registrada. Precedentes deste Tribunal. Pretensão de condenação da parte ré à multa de 10% do valor do contrato que não comporta acolhimento, já que aplicável somente na hipótese de rescisão contratual, o que não ocorreu. Multa moratória, por sua vez, mantida nos termos da sentença. Ausente equívoco no termo inicial da multa moratória ou da correção monetária. Necessária observância ao aditivo firmado entre as partes, no qual os autores concederam prazo suplementar para que a empreendedora concluísse o empreendimento. Limitação do valor da multa moratória, ademais, que encontra respaldo no art. 412 do Código Civil. SUCUMBÊNCIA. Sucumbência recíproca corretamente reconhecida. Autores que decaíram de parte significativa dos pedidos formulados. Pretensão de modificação da base de cálculo dos honorários devidos, por outro lado, que comporta acolhimento. Alteração para 10% sobre o valor dos pedidos não acolhidos. Sentença reformada apenas para alterar a base de cálculo dos honorários advocatícios sucumbenciais devidos pela parte autora, para 10% sobre o valor dos pedidos não aco-

lhidos. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO." (v.45266).

VOTO

DANIEL FERNANDES PEDÃO e MARA LÚCIA COUTINHO PEDÃO ajuizaram a presente **ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse** em face de **CAMPINAS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE EIRELI, JEAN CLAUDE ANTOINE, FRANÇOIS GEORGE ANTOINE e GEORGE SAMUEL ANTOINE**, cujo pedido inicial foi julgado **parcialmente procedente** pela r. sentença prolatada em **02/06/2022**, para condenar os réus, solidariamente, a pagar aos autores a multa de R$ 1.000,00 por unidade permutada e mês de atraso, a contar de 180 dias a partir de 01/08/18 (fls. 48), até o limite de R$ 1.000.000,00, valor do negócio entre as partes, limite, porém, que será corrigido pelo INPC/IBGE a partir de 24/09/18, data do contrato de fls. 49/50, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, contados da citação (fls. 570/574).

Em face da sucumbência recíproca, cada parte foi condenada ao pagamento de metade das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios ao patrono da parte adversa, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, divididos por igual entre os patronos dos autores e os patronos dos contestantes, vedada a compensação.

Opostos embargos de declaração pelos autores (fls. 587/591), foram **parcialmente acolhidos** pelo Juízo a quo para rejeitar o pedido de condenação dos réus ao pagamento da multa prevista nas cláusulas 5ª, letra "f" e 17ª do contrato, já que não houve rescisão do contrato (fls. 601/602).

Apelam os **AUTORES**, alegando, em síntese, que: **(i)** a inclusão, em regime de afetação, do terreno destinado à realização do empreendimento imobiliário, não impede a rescisão contratual e a reintegração de posse pelos alienantes, conforme precedentes do STJ; **(ii)** a incorporadora responsável pelo empreendimento descumpriu por diversas vezes o contrato entabulado entre as partes, deixando de promover o empreendimento que, há quase dez anos, se encontra em seu estágio fundacional inicial; **(iii)** o contrato estipula a rescisão pelo descumprimento dos prazos; **(iv)** a assinatura da escritura se deu em 03/11/2014, tendo como prazo final para entrega o mês de agosto de 2018, o que não ocorreu; **(v)** muito embora tenha sido concedido prazo adicional para que a ré providenciasse o prosseguimento e a finalização das obras, este decorreu em dezembro de 2019, sem conclusão; **(vi)** é incontestável a mora da parte apelada diante do decurso do prazo e consequente descumprimento contratual, a ensejar a restituição das partes ao status quo anterior; **(vii)** embora algumas frações ideais do terreno possam ter sido comercializadas, tal situação não representa óbice à rescisão do contrato de permuta do terreno, devendo os contratos acessórios de

Acesso ao Sumário

comercialização das frações ideais serem considerados resolvidos, cabendo aos compradores a busca pela indenização devida pela incorporadora, em demanda própria; **(viii)** o patrimônio de afetação também não constitui óbice à rescisão, pois não houve qualquer assembleia ou constituição da comissão de representante, a que alude o art. 50 da Lei 4.591/64; **(ix)** de acordo com o referido artigo, a destinação do terreno objeto da incorporação imobiliária em regime de afetação, implica a constituição de uma comissão de condomínio, que irá deliberar futuramente sobre o patrimônio afetado no caso de eventual inadimplência ou não conclusão das obras, o que nunca ocorreu na hipótese, a implicar perda do objeto do patrimônio de afetação; **(x)** como consequência lógica da rescisão contratual, se faz necessária a reintegração de posse do imóvel; **(xi)** subsidiariamente, de rigor a convolação em perdas e danos, pela não entrega das unidades, a serem apurados em liquidação de sentença; **(xii)** o mero inadimplemento contratual também enseja a penalidade de multa de 10% do valor do contrato; **(xiii)** ao estipular prazo inicial para as perdas e danos e valor limite de um milhão de reais, o Juízo a quo interferiu indevidamente na autonomia privada das partes, já que não houve disposição contratual nesse sentido; **(xiv)** tal determinação também implica enriquecimento ilícito aos apelados, já que a condenação imposta não ultrapassaria o valor de R$ 630.000,00, quantia inferior ao valor de avaliação do terreno em 19/08/2013, sem contar com a depreciação frente à inflação e a valorização do imóvel; **(xv)** a multa moratória deve ser imposta sem valor limite e desde a assinatura do contrato em 19/08/2013, ou o limite da multa moratória deve ser calculado a partir do valor da avaliação atual do terreno e, subsidiariamente, a incidência de correção monetária a partir de 19/08/2013; **(xvi)** a maioria dos pedidos condenatórios foram acolhidos, não havendo que se falar em sucumbência recíproca e, caso assim não se entenda, os honorários sucumbenciais devidos devem ser fixados sobre o valor dos pedidos em que decaíram, e não sobre o valor da condenação. Por tais razões, buscam a reforma da sentença com o decreto de procedência dos pedidos iniciais (fls. 605/635). O recurso é tempestivo e preparado (fls. 636/637 e 673/674).

As contrarrazões foram apresentadas (fls. 641/663). **Prevenção** pelo processo nº 2291606-62.2021.8.26.0000.

Registrada **oposição** ao julgamento virtual, por parte dos apelantes (fls. 667).

Breve síntese.

É O RELATÓRIO.

Breve síntese.

A r. sentença, cujo relatório se adota, bem sumarizou os principais fatos e fundamentos jurídicos que dão amparo ao pedido inicial:

"Daniel Fernandes Pedão e Mara Lúcia Coutinho Pedão ingressaram com ação de rescisão contratual c.c. pedido

Acesso ao Sumário

de reintegração de posse contra Campinas Empreendimentos Imobiliários SPE Eireli, Jean Claude Antoine, François George Antoine e George Samuel Antoine, todos qualificados nos autos.

Relataram os autores que, em 19.08.2013, firmaram contrato segundo o qual deram a Brascamp Empreendimentos Imobiliários e Construções Ltda. (SPE) o imóvel de sua propriedade, sito à Rua Jorge Rodrigues Dias, 41, nesta cidade e comarca, para incorporação de condomínio, ficando a Brascamp, em contrapartida, obrigada a lhes entregar a propriedade de onze apartamentos e respectivas vagas de garagem; que, em 24.01.14, firmaram aditivo contratual, pelo qual a incorporadora se comprometeu a comprovar a contratação de seguro; que, em 7.10.2014, outro contrato foi firmado, desta vez cedendo os direitos e obrigações da Brascamp à ré Campinas Empreendimentos; que os corréus assumiram a condição de fiadores dos contratos; que, contudo, todos os prazos para finalização da incorporação e construção não foram cumpridos, tendo o último prazo expirado em 1.08.2018; que, então, autorizaram que a ré vendesse ou transferisse o empreendimento até 31.12.19, o que também não foi cumprido por ela. Pediram tutela de urgência/evidência, para imediata reintegração de posse, e, para o final, a rescisão do contrato e a condenação solidária dos réus a lhes restituir o imóvel em seu estado original e a lhes pagar multa contratual rescisória de 10%, além de multa de R$ 1.000,00 por unidade não entregue e mês de atraso, como também pactuado, mais verbas sucumbenciais (fls.1/16).

A tutela provisória foi indeferida (fls.99). Os réus foram citados (fls.117, 119, 164 e 166), mas somente os réus François George Antoine e George Samuel Antoine contestaram.

Pediram, preliminarmente, gratuidade judicial e denunciação da lide a Cobe Construções Empreendimentos Ltda.. Ainda, sustentaram que os autores são carecedores da ação, por falta de interesse processual. No mérito, argumentaram que o imóvel em tela constitui patrimônio de afetação, destinado, portanto, ao ressarcimento dos prejuízo dos compromissários compradores de unidades que seriam incorporadas; que o inadimplemento foi da construtora contratada, à qual pediram a denunciação da lide; que a responsabilidade deles está excluída, por força de culpa exclusiva de terceiro; que não cabe reintegração de posse, pois o domínio foi transmitido à Campinas Empreendimentos; que não cabe impor-lhes multas e penalida-

Acesso ao Sumário

des, porque não é hipótese de rescisão e, consequentemente, não há mora; que a exigência de fiança bancária e garantia fidejussória não se reveste da forma prevista no art.166, IV, do Código Civil; que a responsabilidade por tributos sobre o imóvel segue regime próprio previsto em resolução da Receita Federal; e que a ação nem é de interesse dos autores, pois, rescindido o contrato, eles passam a responder perante os compromissários compradores de direitos sobre o terreno. Pediram a extinção sem resolução de mérito ou a improcedência (fls.167/186).

Réplica a fls.496/507.

Decisão de fls.530/531 indeferiu o pedido de denunciação da lide e mandou os réus instruírem seu pedido de gratuidade judicial, ordem esta reiterada a fls.563."

Conforme relatado, a r. sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais.

Nesta oportunidade, os autores buscam sua reforma. Para tanto, insistem na tese de que é cabível a rescisão contratual, ainda que o terreno esteja submetido ao regime de afetação ou de que tenham sido comercializadas frações ideais com terceiros. Afirmam que deve ocorrer a reintegração de posse e a incidência das penalidades previstas em contrato.

2. Da preliminar.

Em contrarrazões, a parte apelada pugna pelo reconhecimento da **deserção** do apelo interposto pelos autores, em razão do recolhimento insuficiente do preparo (fls. 661/663).

Todavia, a referida preliminar está **prejudicada**, tendo em vista que foi determinado o recolhimento complementar do preparo recursal (fls. 668/669), efetivado pelos apelantes de forma tempestiva (fls. 672/674).

3. Do mérito.

Ultrapassada a referida preliminar, no mérito, a insurgência não prospera.

De início, enuncia-se que **não se aplica ao caso em análise a Lei nº 13.786/18**, porquanto posterior ao contrato celebrado pelas partes. Tratando-se de lei de efeitos materiais, não pode ser aplicada de forma retroativa, ainda que tenha disciplinado acerca do patrimônio de afetação.

Partindo-se dessa premissa, no caso em análise, a parte autora buscou a rescisão de contrato de permuta e a reintegração de posse em face dos requeridos, sob o fundamento de que houve o descumprimento da avença firmada em **19/08/2013**, pela qual transferiram à empresa Brascamp a propriedade de um terreno destinado à incorporação imobiliária, pelo valor de **R$ 1.000.000,00** e, em contrapartida, receberiam onze apartamentos e respectivas vagas de garagem (fls. 18/29).

Acesso ao Sumário

Há notícia de que foi entabulado contrato particular de cessão e transferência de direitos e obrigações, em **07/10/2014**, que previa a cessão dos direitos e obrigações da empresa Brascamp à empresa Campinas Empreendimentos Imobiliários SPE (fls. 34/36), mantidos os termos e fiadores do contrato original. As partes também firmaram aditivos contratuais em **23/01/2014 e 24/09/2018** (fls. 30/33 e 47/50).

De acordo com a matrícula do imóvel, houve o registro da **transmissão do bem** a título de permuta em 10/11/2014, da **incorporação de condomínio** em 11/12/2014, da compra e venda de frações ideais do imóvel a terceiros e, ainda, da submissão da incorporação do condomínio ao **regime de afetação** em 17/02/2017 (fls. 69/95).

Com efeito, embora incontroverso que o empreendimento não foi concluído, no caso em análise não é possível a rescisão do contrato, tampouco a reintegração na posse do terreno permutado.

Isso porque a incorporação do condomínio foi submetida ao **regime de afetaçã**o (fls. 95), medida implantada a critério do incorporador, tendo como uma de suas finalidades a preservação do direito dos adquirentes de boa-fé quanto às unidades autônomas negociadas na planta, nos termos do **artigo 31-A da Lei 4.591/1964:**

> *"Art. 31-A. A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação,* ***destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes****."* (destaque não original)

A submissão da incorporação ao regime de afetação, ao contrário do que alegam os apelantes, prescinde da formação de comissão de representantes dos adquirentes, prevista no art. 50 do mesmo diploma legal (conforme a redação vigente à época do contrato), destinada ao bom andamento da incorporação.

Diante da afetação devidamente formalizada, há óbice ao acolhimento da pretensão relativa à reintegração de posse, já que o terreno em questão integra o patrimônio de afetação da incorporação imobiliária.

Frise-se que o regime de afetação é passível de extinção apenas nas hipóteses previstas no **artigo 31-E da Lei 4.591/1964**, o que não se verificou no presente caso:

> *"Art. 31-E. O patrimônio de afetação extinguir-se-á pela:*
>
> *I - averbação da construção, registro dos títulos de domínio ou de direito de aquisição em nome dos respectivos*

Acesso ao Sumário

adquirentes e, quando for o caso, extinção das obrigações do incorporador perante a instituição financiadora do empreendimento;

II - revogação em razão de denúncia da incorporação, depois de restituídas aos adquirentes as quantias por eles pagas (art. 36), ou de outras hipóteses previstas em lei; e

III - liquidação deliberada pela assembléia geral nos termos do art. 31-F, § 1o."

Além disso, quanto à pretendida rescisão contratual, bem asseverou o Juízo a quo (fls. 571/573):

"Pois bem, o terreno foi destinado a incorporação imobiliária. Como se vê da matrícula acostada (fls.69/95), a incorporação foi devidamente registrada e várias frações ideais do terreno, correspondentes a apartamentos e vagas de garagem, foram vendidas a terceiros presumivelmente de boa-fé.

Ainda, o terreno foi incluído como patrimônio de afetação (fls.95), o que significa, à luz do art. 31-A da Lei 4.591/64, que tanto ele próprio como suas acessões são destinadas unicamente à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

É verdade que o art. 40, caput, da mesma lei, presente no capítulo seguinte, prevê a hipótese de rescisão do contrato de alienação do terreno onde se daria a incorporação, com automática rescisão das cessões e promessas de cessão de partes do terreno. O parágrafo 1° prevê nesse caso a consolidação do direito sobre eventual construção na pessoa do alienante, e o parágrafo 2° prevê:

"No caso do parágrafo anterior, cada um dos ex-titulares de direito à aquisição de unidades autônomas haverá do mencionado alienante o valor da parcela de construção que haja adicionado à unidade, salvo se a rescisão houver sido causada pelo ex-titular.".

Segundo os autores, como nada foi edificado no terreno, eles não têm direito a construção e, em compensação, não têm responsabilidade perante os adquirentes de unidades, responsabilidade essa que é exclusiva da incorporadora.

Parece-me, entretanto, que o art. 40 da Lei 4.591/64 não se aplica quando o terreno está submetido a regime de afetação. Do contrário, seria letra morta o art. 31- A da mesma lei, o qual diz expressamente que o patrimônio de

Acesso ao Sumário

afetação é destinado unicamente à consecução da incorporação e à entrega de unidades aos adquirentes. Para se compatibilizar os dois artigos, a única interpretação possível é a de que, figurando o terreno como patrimônio de afetação, não cabe a rescisão do contrato entre o alienante e a incorporadora, em razão do direito dos terceiros de boa-fé que adquiriram unidades do condomínio a ser incorporado, só restando ao alienante perdas e danos.

Do que serviria o regime de afetação, se o terreno pudesse voltar ao patrimônio do alienante? Não haveria sentido, pois, em se estabelecer um regime de afetação, se o terreno não vai garantir os adquirentes caso o contrato entre alienante e incorporadora seja rescindido.

Não à toa os artigos 31 e 40, embora da mesma lei, estão em capítulos diferentes.

Em vista disso, é improcedente o pedido de rescisão do contrato e de reintegração do imóvel na posse dos autores."

Acrescenta-se ao entendimento adotado que os terceiros adquirentes das frações ideais possuem legítima expectativa de que a incorporação imobiliária seja concluída, nos termos em que registrada.

A necessidade de resguardar os interesses dos adquirentes de boa-fé, inclusive, decorre da previsão do **art. 40, §2º da Lei 4.591/1964**, segundo o qual, na hipótese de rescisão contratual, os antigos titulares do terreno devem indenizá-los por tudo quanto foi por eles pago quando o negócio estava vigente, de forma proporcional ao estágio da obra, na esteira da interpretação conferida pelo C. STJ:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. RESCISÃO DE CONTRATO. ART. 40 DA LEI 4.591/64 - LEI DE CONDOMÍNIO EM EDIFICAÇÕES E INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS. PERMUTA DE TERRENO URBANO POR ÁREA CONSTRUÍDA. INADIMPLEMENTO DA INCORPORADORA. RETORNO DO IMÓVEL AOS ALIENANTES EM RAZÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL. TRANSAÇÃO QUE EXIME A RESPONSABILIDADE DOS ALIENANTES EM RELAÇÃO A EVENTUAIS ADQUIRENTES. CLÁUSULA INEFICAZ. INDENIZAÇÃO AOS EX-TITULARES. (...) **4. Este Tribunal Superior consagrou o entendimento de que "o proprietário de terreno que o aliena a terceiro, dele recebendo em pagamento futuros apartamentos decorrentes de edificação**

Acesso ao Sumário

> **a ser erigida no local, cujo contrato de compra e venda foi rescindido por transação, é responsável pelo ressarcimento de tudo quanto foi pago pelos compradores de outros apartamentos vendidos por aquele terceiro quando o primitivo negócio ainda estava vigente", sendo ineficaz com relação aos adquirentes das unidades imobiliárias qualquer cláusula exoneratória de responsabilidade dos alienantes do terreno, haja vista que a mesma "vincularia apenas as partes que a tivessem estabelecido"** (REsp 282.740/SP, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJ de 18.02.2002). (...) 7. **"O valor da indenização, de que trata o § 2º do art. 40 da Lei 4.591/64, a ser paga pelo primitivo proprietário do terreno ao ex-titular da unidade anteriormente adquirida deve ter como base de cálculo, na sua aferição, o que efetivamente valer referida unidade no momento do pagamento da indenização, proporcional ao estágio da construção quando foi paralisada, por ter sido desconstituído o primitivo negócio, incluído aí o valor da fração ideal do terreno"** (REsp 282.740/SP, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJ de 18.02.2002). 8. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.107.117/SC, relator **Ministro Vasco Della Giustina** (Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 22/2/2011, DJe de 28/2/2011 – destaques não originais)

Na hipótese em tela, não há indícios de que os autores teriam condições financeiras de fazê-lo, ao passo que a área afetada representa a única garantia dos adquirentes de boa-fé.

Frise-se que descabe prestigiar os interesses apenas dos permutantes do terreno, haja vista a necessidade de tratamento isonômico em relação aos demais adquirentes de boa-fé das frações ideais comercializadas pela incorporadora, já que estes se diferenciam apenas no que se refere à forma de pagamento (os autores pagaram pelas unidades autônomas com o terreno que lhe pertenciam, enquanto os demais pagaram em dinheiro).

Portanto, diante da necessidade de sopesar os interesses de todos os envolvidos, é caso de manutenção do capítulo da sentença que afastou a pretendida rescisão contratual.

Em casos análogos, assim decidiu este Tribunal:

> "RESOLUÇÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE. Sentença de improcedência. APELAÇÃO. Inconformismo da parte autora. Compromisso de compra e venda com promessa de dação em pagamento. Incontroverso inadimplemento contratual por parte da incorporadora ré, que

Acesso ao Sumário

concluiu parcialmente os blocos A, C e D, e deixou de proceder à obra do bloco B. Pretensão autoral de resolução parcial do negócio, com parcial reintegração de posse referente à área remanescente onde seria erigido o bloco B. **Impossibilidade. Contrato que previu expressamente o direito à indenização para a hipótese fática dos autos. Ademais, averbação em matrícula de adoção do regime de afetação descrito na Lei n. 4.591/1964, a impossibilitar a reintegração de posse da área remanescente, porquanto a área integra patrimônio de afetação da incorporação imobiliária.** Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO." (TJSP; Apelação Cível 1004591-23.2021.8.26.0302; Relator (a): Maria Salete Corrêa Dias; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jaú - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/11/2022; Data de Registro: 29/11/2022 destaque não original)

"APELAÇÃO. Ação de rescisão de contrato de permuta. Improcedência. Inconformismo. INOVAÇÃO RECURSAL. Inocorrência. Razões relacionadas ao objeto da lide e que visam impugnar os fundamentos perfilhados na sentença. CONTRATO DE PERMUTA. Partes que celebraram contrato de permuta envolvendo 7 lotes urbanos sem edificação, em troca de 40 unidades imobiliárias. Propósito hoteleiro. Artigo 39 da Lei nº 4591/64. RESCISÃO CONTRATUAL. PAGAMENTO POR TÍTULO PRO SOLUTO. Não reconhecimento. Contraprestação devida pela apelada substituída pelas unidades que seriam dadas em pagamento. Obras interrompidas. Contraprestação não adimplida. **DESFAZIMENTO DO VÍNCULO CONTRATUAL. Descabimento.** Adquirentes das demais unidades que, por esforço comum, constituíram sociedade de propósito específico, qual seja, concluir o empreendimento. Apelante que integrou essa sociedade, por determinado tempo. Na atualidade, as obras se encontram em estágio avançado. **Necessidade de se resguardar os interesses dos adquirentes.** PAGAMENTO PARCIAL. APELANTE QUE RECEBEU BEM IMÓVEL COMO DAÇÃO EM PAGAMENTO. Adimplemento parcial da contraprestação. Pedidos improcedentes. Possibilidade de cobrança de eventual saldo devedor. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. Apelante que omitiu do Juízo a participação na sociedade constituída com o propósito de terminar o empreendimento; omitiu a ocorrência da dação em pagamento, formalizada antes do ajuizamento da ação; omitiu o encaminhamento de pedido administrativo de bloqueio do bem.

Acesso ao Sumário

> Alteração da verdade dos fatos. Inteligência do art. 80, II, CPC. Aplicação de multa por litigância de má-fé, arbitrada em 1,5 % sobre o valor da causa. Majoração dos honorários sucumbenciais. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO." (TJSP; Apelação Cível 1004348-35.2017.8.26.0071; Relator (a): **Rosangela Telles**; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bauru - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/11/2018; Data de Registro: 11/12/2018 destaque não original)

Oportuno ressaltar que, embora os precedentes citados pela parte apelante envolvam a rescisão de contrato de permuta e a reintegração de posse devido ao inadimplemento da incorporadora (fls. 616/618 e 625/626), estes não tratam de terrenos submetidos ao **regime de afetação**, a ensejar a aplicação da técnica do distinguishing.

Por conseguinte, resta à parte autora a reparação por perdas e danos.

Neste ponto, a decisão recorrida entendeu por condenar a parte ré, solidariamente, ao pagamento de *"multa de R$ 1.000,00 por unidade permutada e mês de atraso, a contar de 180 dias a partir de 1.08.2018 (fls. 48), até o limite de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), valor do negócio entre as partes, limite, porém, que será corrigido pelo INPC/IBGE a partir de 24.09.18, data do contrato de fls. 49/50, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, contados da citação."*

Em suas razões recursais, os apelantes alegam, em suma, que o descumprimento da avença enseja a penalidade de multa de 10% do valor do contrato, e que não poderia ter sido estipulado prazo inicial ou valor limite para as perdas e danos, já que implicaria violação ao pactuado entre as partes, bem como enriquecimento ilícito por parte da ré.

Contudo, não era mesmo caso de condenação da parte apelada ao pagamento das multas previstas nas cláusulas 4ª, parágrafo 5º, item 5, letra "f" (fls. 22) e 17ª (fls. 28), tendo em vista a previsão expressa de que a incidência dependia da rescisão do contrato, o que não ocorreu.

O limite da indenização em um milhão de reais, por seu turno, possui respaldo na previsão do art. 412 do Código Civil, segundo o qual *"o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal"*, valendo destacar que a aplicação do pacta sunt servanda deve ser conjugada com os demais princípios que regem as relações contratuais, incluindo a boa-fé objetiva, equilíbrio econômico e função social dos contratos.

Quanto ao termo inicial da multa devida por unidade e mês de atraso, melhor sorte não assiste aos apelantes. Isso porque, de acordo com o aditivo de fls. 47/50, os autores concederam prazo suplementar de 180 dias para que a empreendedora concluísse o empreendimento, a contar de 01/08/2018, não podendo ser admitido como termo inicial do atraso o prazo final previsto no

Acesso ao Sumário

contrato original, haja vista a alteração pactuada entre as partes neste tocante.

Pelo mesmo motivo, não há que se falar em alteração do termo inicial da correção monetária, salientando-se que o referido aditivo contratual previu expressamente que as disposições do contrato original/escritura de permuta permaneceriam inalteradas e em pleno vigor **desde que não conflitassem com as novas cláusulas ali pactuadas** (fls. 49).

Portanto, também é mantido este capítulo da sentença.

4. Da sucumbência.

Por fim, correto o reconhecimento da sucumbência recíproca entre as partes, com a condenação ao pagamento proporcional das custas, despesas processuais e honorários advocatícios ao patrono da parte adversa, porquanto a parte autora decaiu de parte significativa dos pedidos iniciais (fls. 15).

Por outro lado, cabível a modificação da base de cálculo dos honorários sucumbenciais devidos pela parte autora, que deverá arcar, a este título, com o percentual de 10% sobre o valor dos pedidos não acolhidos.

Conclusão.

Em conclusão, a r. sentença é reformada apenas para **alterar a base de cálculo dos honorários advocatícios devidos pela parte autora,** que deverá arcar, a este título, com o percentual de **10% sobre o valor dos pedidos não acolhidos.**

Em razão do parcial provimento do recurso, não é caso de majoração dos honorários nesta instância.

Por derradeiro, para evitar a costumeira oposição de embargos declaratórios voltados ao prequestionamento, tenho por ventilados, neste grau de jurisdição, todos os dispositivos legais citados no recurso interposto. Vale lembrar que a função do julgador é decidir a lide e apontar, direta e objetivamente, os fundamentos que, para tal, lhe foram suficientes, não havendo necessidade de apreciar todos os argumentos deduzidos pelas partes, um a um. Sobre o tema, confira-se a jurisprudência (STJ, EDcl no REsp nº 497.941/RS, Rel. Min. **Franciulli Netto**, publicado em 05/05/2004; STJ, EDcl no AgRg no Ag nº 522.074/RJ, Rel. Min. **Denise Arruda**, publicado em 25/10/2004).

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1087984-30.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ENOCH BRANDÃO DE SOUZA MEIRA, é apelada HELENÍZIA DE MOURA CIPRIANO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso, rejeitada a preliminar. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.250)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CRISTINA ZUCCHI (Presidente) e L.G. COSTA WAGNER.

São Paulo, 5 de agosto de 2024.

GOMES VARJÃO, Relator

Ementa: Direito de vizinhança. Ação de obrigação de fazer c.c. indenização. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Tendo em vista o objeto da discussão, de caráter eminentemente técnico, mostra-se dispensável e impertinente a produção de prova oral. De todo modo, não há qualquer menção nos autos da relação de testemunhas com os fatos narrados na inicial, sendo insuficiente a sustentação genérica da imprescindibilidade da prova postulada.

O laudo pericial, elaborado por profissional da confiança do juízo, sob o crivo do contraditório, equidistante das partes e sem interesse na resolução do feito, é minucioso, convincente e conclui que a infiltração nos banheiros do apartamento da autora são provenientes do imóvel do réu, tendo sido a questão suficientemente esclarecida pelo experto. A insurgência do réu não contém argumentos hábeis a infirmar as conclusões alcançadas pelo especialista, expressando unicamente o seu descontentamento com o resultado da lide, contrário às suas pretensões.

Dano moral configurado. Indenização devida, que deve ser reduzida para a importância de R$15.000,00, por ser compatível com as circunstâncias do caso em exame, sem impor gravame excessivo ao agente ou gerar vantagem desproporcional à vítima.

Recurso parcialmente provido, rejeitada a preliminar.

VOTO

A r. sentença de fls. 456/476, cujo relatório se adota, julgou o pedido da ação principal procedente para condenar o réu a: (a) promover as reparações necessárias nos banheiros suíte e social do imóvel da autora (unidade 144), no modo proposto na perícia técnica, apresentando laudo dos serviços executados

Acesso ao Sumário

e (b) pagar à autora indenização por dano moral na quantia de R$20.000,00, acrescida de correção monetária pela Tabela Prática deste E. Tribunal de Justiça a partir da data de publicação do julgado e de juros de mora de 1% ao mês, contados da citação. Em razão da sucumbência, condenou-o, ainda, ao pagamento das custas, despesas processuais e de honorários advocatícios de 15% do valor da condenação.

Julgou, ainda, com fundamento no artigo 485, inciso VI, do CPC, extinta a reconvenção, por carência de interesse processual, condenando o reconvinte ao pagamento das custas, despesas processuais e de honorários advocatícios de 10% do valor da causa.

Opostos embargos de declaração pela autora (fls. 485/486), eles foram rejeitados (fls. 520/521).

Apela o réu (fls. 487/513). Alega, preliminarmente, que o feito foi julgado sem a produção de prova oral, necessária para comprovar elementos fáticos e requerida na contestação (fl. 227). Acrescenta que a condenação de pagamento de indenização por dano moral foi imposta sem lhe dar oportunidade de produzir prova, o que viola os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. No mérito, sustenta que se trata de prédio com mais de 50 anos de construção, o qual, desde os seus primeiros anos, já apresentava diversos problemas de vazamentos de água, o que não foi considerado pelo perito. Destaca que, embora o perito alegue ter realizado o teste de chuveiro, deixando-o ligado por 40 minutos e o teste da banheira cheia por 30 minutos, em ambos não se constatou gotejamento e acúmulo de água (fls. 396/397). Acrescenta que, se eventualmente for correta a conclusão do perito de que existe infiltração no banheiro da apelada, porque os testes realizados detectaram uma única gota (fl. 392), não se pode culpá-lo por tal fato. Releva ser incorreta a conclusão do perito de que a infiltração é proveniente da banheiro do apartamento dele. Ressalta que o perito apresenta uma conclusão por exclusão, o que é descabido. Salienta que o experto deixou claro que não conseguiu apurar vazamentos ou mesmo acúmulo de água. Destaca a impossibilidade de se concluir que a falha advém da região guarnecida por mármore que circunda o tampo da banheira e/ou conexões de drenagem embutidas abaixo da banheira, porque ela não foi inspecionada pelo perito. Reitera que o perito, nos esclarecimentos prestados, deixou claro que: (a) por 01 hora não houve vazamento, (b) não foi constatado gotejamento no banheiro da suíte, (c) não foi causado dano à autora, uma vez que as paredes e laje do autor estavam secas, não apresentando nenhuma patologia, (d) não constatou mofos e (e) inexiste severos problemas, pois o gotejamento refere-se a uma única gota (fls. 440, 441 e 442). Argumenta que, mesmo que haja dano, não se provou nexo de causalidade entre o seu apartamento e a única gota verificada. Sustenta a inexistência de dano moral. Reforça que o laudo não demonstrou qualquer impacto negativa da suposta infiltração na vida da apelada. Anota que a apelada

Acesso ao Sumário

nunca tentou a resolução do suposto problema de forma amigável. Assevera que não ficou inerte em relação ao suposto problema, realizando manutenções em seu banheiro em fevereiro de 2021, ou seja, poucos meses após o suposto vazamento, mesmo entendendo não ser sua responsabilidade. Destaca que, durante o período da pandemia, não havia fácil a acesso à mão de obra e materiais, além de existir restrições para obras. Assinala que a própria apelada confirma que ele contratou engenheiro. Afirma que a apelada não lhe comunicou sobre o problema no banheiro social. Defende a redução da indenização por dano moral para a quantia de R$3.000,00. Sob tais fundamentos, requer a reforma da r. sentença.

Recurso contrariado (fls. 538/560).

É o relatório.

Cuida-se de ação por meio da qual a autora almeja, sob a alegação de infiltrações no seu apartamento, provenientes do imóvel do réu, compeli-lo a realizar o conserto necessário para cessar os vazamentos, bem como receber indenização por dano moral no valor correspondente a 20 salários-mínimos.

O pedido foi julgado procedente, motivando o presente recurso.

Inicialmente, afasto a preliminar de cerceamento de defesa suscitada pela parte.

O magistrado não está obrigado a deferir todo e qualquer pedido da parte. Incumbe-lhe, de outro lado, em observância aos princípios da celeridade e economia processuais e razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), exercer juízo de valor sobre a necessidade e utilidade da prova. Não por outra razão deve indeferir provas e diligências inúteis ou meramente protelatórias, nos termos do art. 370, parágrafo único, do CPC. À parte, por seu turno, cabe "*não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito*" (art. 77, III, CPC).

No presente caso, o réu sustenta que houve cerceamento de defesa, por não ter sido realizada a prova oral por ele almejada.

Ocorre que a oitiva de testemunhas e o depoimento pessoal da autora não são hábeis a amparar a sua pretensão, uma vez que o objeto da discussão, vazamento no interior do imóvel da autora oriundo do apartamento do réu, é de caráter eminentemente técnico. Assim, a prova postulada mostra-se inteiramente dispensável e impertinente.

Ressalte-se, ademais, que o dano moral é verdadeiramente axiomático e decorre do evidente sofrimento causado à autora em razão do vazamento no seu imóvel que perdura por cerca de 04 anos.

Ainda que assim não fosse, embora o réu defenda a necessidade da produção da prova oral, não especifica quais testemunhas deveriam ser ouvidas em juízo, explicando o motivo pelo qual o depoimento delas seria hábil a influenciar na formação do convencimento do julgador e alterar o resultado da lide, sendo insuficiente a sustentação genérica da imprescindibilidade da prova postulada.

Acesso ao Sumário

Em suma, não há qualquer menção nos autos da relação de testemunhas com os fatos narrados na inicial.

No mérito, a r. sentença, ao menos em parte, deve ser reformada.

Submetida a questão do vazamento no imóvel da autora à análise pericial, o profissional devidamente nomeado pelo juízo, após vistoriar ambos os imóveis envolvidos na lide e realizar inspeção por termografia (câmera em espectro infravermelho), atestou que a infiltração no banheiro da suíte é proveniente da região da banheira do apartamento do réu e que a infiltração no banheiro social é severa, advindo da região do ralo do box do banheiro social do réu (fls. 397 e 403).

Por meio da inspeção termográfica, o perito verificou que a prumada do edifício não apresentava qualquer patologia ligada a vazamento. Concluiu, assim, pela ausência de nexo de causalidade entre a infiltração no imóvel da autora e a prumada do edifício (fls. 395 e 396).

Por outro lado, no que se refere ao banheiro da suíte, em resposta aos quesitos das partes, em mais de uma oportunidade, o perito afirmou que há falha na estanqueidade na área da banheira do réu, decorrente de falha no entorno dela, relacionando a infiltração à impermeabilização e/ou ao esgotamento da região. Acrescentou que a impermeabilização é da época da construção do edifício, tendo exaurido a sua vida útil (fls. 404, 405 e 406).

O experto, ainda, informou que "havia sido instalada uma lona, embaixo da tubulação da banheira do pavimento superior, com a função de captar efluentes precipitados do apartamento do requerido. No momento da remoção de tal lona, visando a inspeção da região, foi afirmado pelo assistente técnico do requerido que a região de banheira da suíte do requerido não estava em uso há aproximadamente 1 mês, ou seja, seria improvável que umidades provenientes do apartamento superior ao da autora estivessem aparentes". Porém, ao retirar a lona e examiná-la, percebeu que ela "represava menos de 1 colher de sopa de efluente permeado", "havia 1 gota de efluente aderido a tubulação de drenagem de efluentes da banheira" e "havia, na lona, manchas de depósito de sais, oriundos de gotejamento da infiltração", concluindo pela existência de "evidentes provas de que há patologias ligadas a estanqueidade, que assolam o banheiro suíte do apartamento da autora" (fls. 392 e 395).

Ao quesito complementar da autora, o perito reiterou que "considerando que o sistema chuveiro/banheira/tubulação foi testado por aproximadamente 1 hora (em pleno funcionamento) sem vazar, mas a lona que contende a tubulação possui efluente represado e a tubulação apresenta gotas aderidas, é de se constatar que é clara a existência de vazamentos, em que pese o volume permeado ser diminuto" (fl. 440).

Outrossim, quanto ao banheiro social, como já dito, o perito constatou que o forro "apresenta furos oriundos de gotejamento de efluentes da região

Acesso ao Sumário

de box do apartamento do requerido", atestando o nexo de causalidade entre a infiltração na região do box e o ralo do banheiro social do réu (fls. 399 e 403).

Em síntese, o laudo pericial, elaborado por profissional de confiança do juízo, sob o crivo do contraditório, equidistante das partes e sem interesse na resolução do feito, é minucioso, convincente e descreve, de forma clara, a origem das infiltrações no imóvel da autora, tendo sido a questão suficientemente esclarecida pelo experto.

O réu, por sua vez, não forneceu qualquer elemento concreto que pudesse desacreditar as conclusões alcançadas por especialista, não sendo os argumentos lançados nas razões recursais hábeis a infirmá-las, que expressam unicamente o descontentamento dele com o resultado do exame, contrário às suas pretensões.

No mais, o dano moral alegado pela autora está caracterizado, os fatos narrados nos autos ultrapassam aqueles vividos no cotidiano e excedem o razoavelmente esperado na vida em comunidade. A autora, indubitavelmente, experimentou medo, angústia, descrença, instabilidade emocional, aflição e preocupações que fogem à normalidade ao detectar o vazamento constante no seu imóvel, com potencial lesivo à sua integridade física, e, não obstante as reiteradas reclamações extrajudiciais, o réu não deu a solução adequada ao caso, compelindo-a a buscar a tutela do Judiciário para resolver a questão de forma definitiva. Oportuno anotar que, segundo o perito, há risco sanitário, "correlacionado com as enfermidades biológicas presentes no esgoto doméstico, que é a origem do vazamento em questão" (fl. 441).

O valor da indenização deve ser o suficiente para inibir o réu da prática dessa natureza, capaz de macular a honra e sentimentos alheios e, de outro lado, não importar enriquecimento sem causa da ofendida.

Tendo em vista a natureza do dano, suas consequências para a autora, bem como as condições das partes, a indenização por dano moral deve ser reduzida para a importância de R$15.000,00, suficiente para cumprir seu caráter sancionatório, sem implicar enriquecimento ilícito.

A fixação da indenização por dano moral em valor inferior ao pedido na exordial não caracteriza sucumbência recíproca. É o que estabelece a Súmula nº 326 do E. STJ: "Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca". Tal se dá porque o valor postulado é meramente estimativo, importando somente que tenha sido deferida a indenização pleiteada.

Ante o exposto, rejeitada a preliminar, dou parcial provimento ao recurso para reduzir o valor da indenização por dano moral para R$15.000,00. Fica mantida, no mais, a r. sentença.

É meu voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006659-33.2023.8.26.0024, da Comarca de Andradina, em que é apelante UNIMED DE ANDRADINA - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, é apelada RENATA ISHIY (JUSTIÇA GRATUITA).

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 advogado ADEMAR MANSOR FILHO, OAB/SP 168336.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente sem voto), THEODURETO CAMARGO e CLARA MARIA ARAÚJO XAVIER.

São Paulo, 7 de agosto de 2024.

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, Relator

Ementa: Apelação cível. Mandado de segurança. Plano de saúde. Cobertura de cirurgia robótica para tratamento de neoplasia maligna do pâncreas. Princípio da instrumentalidade das formas. Dever de cobertura. Rol de procedimentos da ANS. Lei 9.656/98, art. 10, §§ 12 e 13. Direito à saúde. Urgência. Recurso desprovido.

VOTO

Apelação interposta contra a sentença de fls. 223/237, cujo relatório se adota, que concedeu a segurança pleiteada por Renata Ishiy para a finalidade de reconhecer a **obrigação** da Unimed de Andradina - Cooperativa de Trabalho Médico fornecer à parte impetrante o procedimento cirúrgico mencionado na inicial para tratamento do câncer que a acomete, a ser realizada em um dos hospitais apresentados pela operadora (indicados às fls. 137/138).

A Unimed de Andradina apela e pugna pela reforma da sentença, pelas razões apresentadas às fls. 252/267.

Recurso tempestivo e não respondido (fl. 282).

É o relatório em sede recursal.

Trata-se de apelação interposta pela Unimed de Andradina - Cooperativa de Trabalho Médico contra a sentença que concedeu a segurança pleiteada por Renata Ishiy, determinando que a apelante forneça cobertura para a realização de cirurgia robótica para tratamento de neoplasia maligna do pâncreas (CID 10: C25).

A sentença julgou procedente o pedido inicial, confirmando a liminar e

Acesso ao Sumário

determinando que a cirurgia fosse realizada em um dos hospitais indicados pela apelante, nos municípios de Bauru ou São José do Rio Preto.

Em suas razões, a apelante sustenta, em síntese, a inadequação do mandado de segurança como via processual, a não aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, a ilegitimidade passiva da apelante e a ausência de direito líquido e certo da apelada à cobertura do procedimento solicitado, uma vez que a cirurgia robótica não está prevista no rol de procedimentos da ANS.

O recurso não comporta provimento.

Inicialmente, cumpre destacar que o princípio da instrumentalidade das formas, consagrado no artigo 277 do Código de Processo Civil, visa assegurar que o processo alcance sua finalidade sem que meras formalidades processuais obstaculizem a proteção do direito material.

No caso, a urgência e a necessidade de proteção imediata ao direito à saúde justificam a utilização do mandado de segurança.

É certo que em condições normais a via processual mais adequada seria a da ação de obrigação de fazer. Contudo, a extrema necessidade de uma resposta rápida e eficaz do Poder Judiciário diante de um problema sério de saúde não pode ser excluída simplesmente porque não se optou pela via processual mais adequada. Afinal, o direito à saúde recebe proteção constitucional.

Ademais, no caso dos autos, o juiz de primeiro grau saneou o feito e determinou que as partes especificassem as provas que pretendiam produzir (fl. 209). A apelante, entretanto, manteve-se inerte, não apresentando quaisquer provas ou impugnações adicionais. Portanto, não houve qualquer violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, uma vez que todas as oportunidades foram devidamente concedidas e não aproveitadas pela apelante.

Anote-se que a jurisprudência tem admitido a aplicação do mandado de segurança em situações que envolvem o direito à saúde e a urgência de tratamento médico, privilegiando a efetividade e a celeridade na prestação jurisdicional. Neste sentido, cita-se:

> **Agravo de Instrumento 2158875-49.2014.8.26.0000 -** *Agravo de instrumento - Mandado de segurança impetrado contra negativa de cobertura de cirurgia por plano de saúde - Antecipação de tutela - Decisão que deferiu a medida - Recurso da interessada - Alegação, em preliminar, de que o mandado de segurança não é cabível contra ato de pessoa jurídica de direito privado, sendo ainda processado em Vara Criminal, incompetente para tanto - Preliminares rejeitadas - Inicial que está adequadamente estruturada em ação de obrigação de fazer, tendo sido apenas utilizado o nome errado - Aplicação do princípio da instrumentalidade das formas - Ação que foi recebida na Vara da Infância e Juventude, a qual foi assumida em acúmulo de função pelo Juiz da Vara Criminal. Alegação de que não estão preenchidos os pressupostos para a concessão da*

Acesso ao Sumário

medida - Descabimento - Presença da verossimilhança da alegação, pela prova inequívoca da grave moléstia que acomete a agravada, bem como o perigo de lesão grave e de difícil reparação, igualmente decorrente da gravidade da enfermidade - Decisão mantida - AGRAVO DESPROVIDO (Relator (a): MIGUEL BRANDI; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mauá - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 28/05/2015; Data de Registro: 28/05/2015).

Consoante muito bem observado pelo eminente desembargador *MIGUEL BRANDI* no julgamento do Agravo de Instrumento 2158875-49.2014.8.26.0000, cuja ementa foi acima transcrita: "*Com efeito, em que pesem os entendimentos em sentido contrário trazidos pela agravante, não há falar em indeferimento da inicial; conquanto tenha a agravada dado à demanda o nomen juris de "mandado de segurança", toda sua estrutura, em fatos, fundamentos jurídicos e pedido, consubstanciam uma ação de obrigação de fazer, razão pela qual o equívoco cometido pela parte, mormente no caso concreto, em que a premência da condição clínica da agravante não pode dar vez a exigências formalistas, é de todo escusável, albergado, portanto, pelo princípio da instrumentalidade das formas, insculpido no art. 244 do Código de Processo Civil. Valiosa a lição, para casos que tais, de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, no sentido de que, embora necessariamente formal o processo, não devem ser formalistas aqueles que o operam*".

Por outro lado, no tocante ao dever de cobertura, o fato de a cirurgia robótica não estar expressamente prevista no rol de procedimentos da ANS não afasta o direito do consumidor à sua realização. O rol da ANS é exemplificativo e contempla a cobertura mínima obrigatória, não impedindo que procedimentos mais modernos e adequados ao estado de saúde do paciente sejam cobertos, especialmente quando prescritos por médico assistente.

Ademais, de acordo com a nova redação dada ao art. 10 e parágrafos da Lei dos Planos de 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.

O caso em análise se subsome às diretrizes estabelecidas na norma supra-

Acesso ao Sumário

citada, o que impõe a cobertura para o tratamento prescrito à autora, ainda que não previsto no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar atualizado pela ANS.

Frise-se que o tratamento médico é de responsabilidade do profissional que acompanha a paciente, que tem condições de diagnosticar e indicar o melhor procedimento. Além disso, é importante reiterar que a apelada comprovou documentalmente o mal que a acomete, com necessidade de utilização do citado método.

Havendo indicação médica, não é razoável que o paciente sofra limitações de cobertura no tratamento de patologia coberta pelo plano de saúde, assegurando-se a proteção do direito à vida, previsto no artigo 5º da Constituição Federal.

É dizer: quanto à questão de fundo, a pretensão seria acolhida e a ação teria o mesmo desfecho. A par disso, o autor já fez a cirurgia (tutela antecipada) e não faz sentido algum nesse momento extinguir a ação para que outra seja ajuizada no lugar.

Por essas razões, é o caso de negar provimento ao recurso de apelação, mantendo-se integralmente a sentença que concedeu a segurança para determinar que a apelante forneça cobertura para a realização da cirurgia robótica pleiteada pela apelada.

Ante o exposto, meu voto nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1018909-64.2023.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante THERA TRADING COMERCIALIZADORA DE ENERGIA LTDA., é apelado JURANDI CARLOS FERREIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

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 38.661)**

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

São Paulo, 8 de agosto de 2024.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS DE TERCEIRO - Restrição de transferência que recaiu sobre caminhão adquirido pelo embargante - Pedido de levantamento da

restrição - Sentença que julgou procedente o pedido formulado pelo embargante - Insurgência da embargada - Descabimento - Hipótese em que a vendedora do bem, embora figure como requerida em pedido de desconsideração da personalidade jurídica formulado pela exequente, sequer é parte executada - Ademais, esta 11ª Câmara de Direito Privado, no julgamento do Agravo de Instrumento n° 2307855-54.2022.8.26.0000, revogou a liminar de arresto que amparava a restrição impugnada pelo embargante e o juízo singular indeferiu o novo pedido de arresto formulado pela exequente, decisão contra a qual não foi interposto recurso - Não bastasse isso, a alienação do bem é anterior à própria distribuição do processo de execução - Inviabilidade do reconhecimento de eventual fraude à execução - Por fim, o pedido de reconhecimento de fraude contra credores deve ser manejado pela via processual adequada, e não em sede de embargos de terceiro - Aplicação da súmula nº 195 do Superior Tribunal de Justiça - Sentença mantida - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença[1], cujo relatório se adota, que, em "*embargos de terceiro c/c pedido de tutela antecipada*"[2], opostos por JURANDI CARLOS FERREIRA contra THERA TRADING COMERCIALIZADORA DE ENERGIA LTDA, julgou procedente o pedido formulado pelo embargante, "*para o fim de reconhecer em definitivo a ineficácia da restrição judicial pelo RENAJUD VW/8.160 DRC 4X2, Ano de Fabricação/Modelo de 2012/2013, de Placa PFT-5E64 e para manter o embargante na posse do veículo*" (fls. 92/98).

Recorre a embargada. Preliminarmente, alega cerceamento de defesa, sob o argumento de que não foram produzidas provas indispensáveis à solução da lide, "*especificamente a realização e audiência de instrução para oitiva de: Jurandi Carlos Ferreira; Isake Correa de Castro; Welder Ferst Taveira e José Paulo de Castro, bem como de produção de prova documentos, por meio de pesquisa INFOJUD a última declaração de imposto de renda do Apelado, para que seja possível esclarecer a realidade acerca dos valores declarados*" (fl. 113). Aduz que a oitiva das referidas testemunhas era imprescindível para apurar a boa-fé do embargante no momento da suposta aquisição onerosa do veículo. Salienta que não está questionando a ocorrência de registro anterior à suposta

1 Sentença publicada em 22/11/2023 (fl. 100).

2 Valor da causa: 170.577,00, atualizado até 17/02/2023.

Acesso ao Sumário

alienação, mas a possibilidade de comprovar a má-fé do embargante. Argumenta que há nos autos evidências de que o suposto negócio jurídico celebrado entre o embargante e PROVETA COMÉRCIO DE PESCADOS LTDA é simulado, "*visando a tentativa de dilapidação do patrimônio da empresa, a qual, demonstrado nos autos da Execução nº 1082435-39.2022.8.26.0100, foi criada a partir de uma sucessão empresarial fraudulenta da CASTRO INDUSTRIA E COMERCIO DE PESCADOS LTDA*" (fl. 115). Destaca que o embargante afirmou ter comprado o veículo pelo valor de R$ 120.000,00, ao passo que sua renda mensal declarada é de R$ 1.302,00. Acrescenta que, nos autos dos embargos à execução opostos contra a execução da qual também se originou o presente feito (processo n° 1030726-28.2023.8.26.0100), foi reconhecida a necessidade de realização de prova pericial contábil a fim de apurar a existência de confusão patrimonial entre CASO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PESCADOS LTDA e PROVETA COMÉRCIO DE PESCADOS LTDA, de modo que se deveria ao menos aguardar o desfecho dos embargos à execução. Defende, ainda, que os embargos de terceiro são intempestivos, sob o argumento de que foram opostos em prazo superior a 05 (cinco) dias, contados a partir do ato constritivo. No mérito, sustenta ser inequívoca a ocorrência de fraude contra credores em razão da celebração de negócio jurídico simulado por PROVETA COMÉRCIO DE PESCADOS LTDA. Menciona que o próprio embargante afirmou ter realizado a compra do caminhão pelo valor de R$ 120.000,00 e que o negócio foi intermediado por WELDER FERST TAVEIRA, para quem foi transferido o valor correspondente ao pagamento. Salienta, ainda, que o embargante afirmou que o suposto intermediador teria transferido o valor de R$ 110.000,00 para ISAKE CORREA DE CASTRO, a mando e JOSÉ PAULO DE CASTRO. Argumenta que, se verdadeiras tais alegações, é nítido que JOSÉ PAULO DE CASTRO está dilapidando o patrimônio da executada, ao retirar da propriedade da pessoa jurídica o veículo e transferir o valor do negócio a terceiro, "*que pelo sobrenome se supõe ser da família*" (fl. 121). Relata, também, que ISAKE CORREA DE CASTRO é réu em diversos processos, "*inclusive de uso de documento falso, contra a fé pública*" (fl. 121). Ressalta haver indícios de fraude contra credores, por meio da realização de negócio jurídico simulado, de modo que, caso tal situação não possa ser aferida de imediato, é razoável concluir pela necessidade de instrução probatória.

Recurso recebido e contrariado (fls. 136/166).

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

Trata-se de "*embargos de terceiro c/c pedido de tutela antecipada*", opostos por JURANDI CARLOS FERREIRA contra THERA TRADING COMERCIALIZADORA DE ENERGIA LTDA.

O embargante narrou, na petição inicial, que, ao tentar realizar a transferência do caminhão de placa PFT-5E64, foi surpreendido com a existência de constrição judicial originada do processo de execução n° 1082435-39.2022.8.26.0100, ajuizada por THERA TRADING COMERCIALIZADORA

Acesso ao Sumário

DE ENERGIA LTDA contra CASTRO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PESCADOS LTDA, JOSÉ PAULO DE CASTRO, JEDIEL DE CASTRO, LAURECI CASTRO DOS SANTOS e PROVETA COMÉRCIO DE PESCADOS LTDA, em que a exequente, ora embargada, pleiteia a satisfação de crédito no valor de R$ 224.034,49.

Ainda na petição inicial, o embargante narrou que adquiriu o veículo de PROVETA COMÉRCIO DE PESCADOS LTDA em 01/08/2022, data em que "*não existia qualquer impedimento judicial lançado sobre o seu prontuário*" (fl. 03), tampouco havia sido distribuída a ação de execução da qual se originou a constrição do bem. Destacou ser terceiro de boa-fé.

Nesse contexto, ajuizou os presentes embargos de terceiro, pleiteando o levantamento da restrição judicial de transferência do bem.

Em contestação, a embargada THERA TRADING COMERCIALIZADORA DE ENERGIA LTDA arguiu preliminar de intempestividade dos embargos de terceiro. No mérito, sustentou haver, a partir da narrativa contida na petição inicial e dos documentos que a instruíram, "*claros indícios de fraude contra credores por meio da realização de um negócio simulado, que deve ser declarado nulo de pleno direito*" (fl. 40). Alegou que a documentação apresentada "*não é capaz de comprovar a transferência de propriedade do veículo em questão*" (fl. 40). Destacou que fato "*que levanta extrema dúvida sobre a natureza da venda é a diferença existente entre o valor comercial do veículo e o pactuado no negócio celebrado entre o embargante e a empresa*" (fl. 40). Argumentou que o negócio foi celebrado por valor correspondente a cerca de um terço do valor de mercado do bem e destacou que, se PROVETA COMÉRCIO DE PESCADOS LTDA é uma empresa criada para ocultar o patrimônio de CASTRO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PESCADOS LTDA, "*não é impensável presumir que outras formas de ocultação e dilapidação patrimonial sejam realizadas*" (fl. 42). Acrescentou que a autorização de transferência dos recursos não é suficiente para comprovar o pagamento.

Em réplica, o embargante salientou que, ao tempo da concretização do negócio, sequer havia sido distribuída a ação de execução contra a embargada proprietária do veículo. Mencionou, ainda, que o veículo foi adquirido pelo valor de R$ 120.000,00, e não pelo valor de R$ 49.800,00, conforme alegado pela embargada THERA TRADING COMERCIALIZADORA DE ENERGIA LTDA. Afirmou que o valor de R$ 49.800,00 foi lançado no recibo de transferência do veículo "*a bel prazer pelo representante legal da Empresa Vendedora do citado bem*" (fl. 60). Alegou que, em 29/07/2022, transferiu a quantia de R$ 120.000,00 para a conta bancária de WELDER FESTER TAVEIRA, que atuou como intermediário do negócio. Acrescentou que referido intermediário, por sua vez, "*atendendo a determinação do Sr. José Paulo de Castro (representante legal de Proveta Comércio de Pescados Ltda - Vendedora do Caminhão), transfe-*

Acesso ao Sumário

riu a quantia de R$ 110.000,00 (cento e dez mil reais), para a conta bancária de titularidade do Sr. Isake Correa de Castro" (fl. 60). Defendeu a regularidade da operação, não havendo que se cogitar da ocorrência de fraude contra credores.

Ao se manifestar sobre a réplica apresentada pelo embargante, que foi instruíra com o comprovante de pagamento do valor de R$ 120.000,00 ao terceiro WELDER FESTER TAVEIRA (fls. 63/64), a embargada THERA TRADING COMERCIALIZADORA DE ENERGIA LTDA reiterou a preliminar de intempestividade dos embargos de terceiro. Quanto ao mérito, repisou a tese de ocorrência de fraude contra credores, destacando que o embargante não apresentou prova alguma da suposta intermediação do negócio pelo terceiro WELDER FESTER TAVEIRA, bem como que não há prova de que a transferência do valor de R$ 120.000,00 se refere ao pagamento do caminhão. Acrescentou que, na hipótese de serem verdadeiras as alegações do embargante, é nítido que JOSÉ PAULO DE CASTRO está dilapidando o patrimônio da empresa, "*vez que retira o caminhão de propriedade desta e determina que o valor seja transferido para um terceiro, que pelo sobrenome se supõe ser da família*" (fl. 70).

Intimadas as partes para que especificassem as provas que pretendiam produzir, a embargada THERA TRADING COMERCIALIZADORA DE ENERGIA LTDA requereu a designação de audiência de instrução e julgamento, a fim de que fosse produzida prova oral consistente no depoimento pessoal do embargante e na oitiva das testemunhas ISAKE CORREA DE CASTRO, WELDER FERST TAVEIRA e JOSÉ PAULO DE CASTRO. Requereu, ainda, acesso à última declaração de imposto de renda apresentada pelo embargante, por meio do sistema INFOJUD.

O D. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado pelo embargante, nos seguintes termos (fls. 92/98):

> "*O processo comporta julgamento antecipado, nos termos do artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil, pois não há necessidade de produção de outras provas, uma vez que os documentos existentes nos autos e as alegações das partes permitem o pronto julgamento da lide.*
>
> *Quanto à arguição preliminar da embargada, não há se cogitar de intempestividade, porquanto dispõe o artigo 675, do Código de Processo Civil, que "os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença e, no cumprimento de sentença ou no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta".*
>
> *Na hipótese dos autos, nem sequer se efetivou a penhora do veículo, havendo apenas a restrição judicial, de modo que, conquanto a embargante tivesse ciência do bloqueio judicial do veículo, ainda não havia se iniciado qualquer ato de alienação do bem e, por isso, possível o reco-*

Acesso ao Sumário

nhecimento da tempestividade dos embargos, eis que "se o terceiro tinha conhecimento da execução, os embargos devem ser opostos até o quinto dia após a arrematação e antes de assinada a carta. Precedentes" (AgRg no Ag 1069460/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 18/04/2013).

Portanto, rejeito a preliminar de intempestividade dos embargos.

Depreende-se dos autos que o embargante adquiriu um veículo automotor pertencente outra empresa, não executada nos autos principais (Provetá Comércio de Pescados Ltda.). Infere-se dos registros públicos do Departamento de Trânsito, contudo, que não havia restrição registrada à época da aquisição do veículo, até porque a execução principal foi ajuizada posteriormente à aquisição do bem (fato incontroverso), de maneira que o embargante deve ser considerado terceiro de boa-fé.

A embargada funda sua pretensão de rejeição dos embargos na existência de simulação na venda do veículo, em razão de existência de confusão patrimonial entre a empresa executada e a empresa que consta como antiga proprietária do caminhão adquirido pelo embargante.

Ocorre que nos autos da execução já restou decidido a respeito do desbloqueio dos veículos não pertencentes à empresa executada, cabendo consignar que após decisão inicial a respeito de arresto de bens em nome da empresa Proveta Comércio de Pescados, foi interposto agravo de instrumento, culminando na seguinte decisão de fls. 166/167 nos autos da execução nº 1082435-39.2022.8.26.0100: "Tenho que os elementos trazidos não são suficientes para infirmar as conclusões exaradas pelo V. Acórdão, por não representarem comprovação da insolvência do executado, tampouco que o mesmo está dilapidando seu patrimônio ou atuando para frustrar a execução, sendo necessário que o exequente apresente elementos que demonstrem a inexistência de bens em nome da executada, sendo certo que a ordem de bloqueio renajud identifica dois automóveis e cinco caminhões registrados em nome da executada o que, até prova em contrário, gera presunção de que a executada ostenta patrimônio suficiente para satisfação da execução. Nesses termos, INDEFIRO o arresto pretendido. Determino, no mais, o desbloqueio dos bens arrestados em nome de terceiros (conforme pp. 134/135, 136, 140 e 141), mantendo a ordem de bloqueio de transferência dos veículos registrados em nome da executada, ante o provimento do V. Acórdão supra transcrito".

Portanto, a questão já restou decidida nos autos principais, cabendo apenas nestes embargos a confirmação do desbloqueio do veículo adquirido pelo embargante.

No que tange às alegações da embargante sobre a ocorrência de eventual simulação do negócio jurídico são impertinentes nestes embargos, seja porque a aquisição ocorreu antes mesmo do ajuizamento da

Acesso ao Sumário

execução, seja porque haveria necessidade de demanda própria para anulação de negócio jurídico fundada em simulação, inclusive com necessário contraditório e ampla defesa à empresa proprietária do veículo (pressuposto obrigatório para anulação de qualquer ato jurídico).

A regra segundo a qual constitui fraude à execução a alienação de bens no curso do processo, depois da citação do devedor, deve sofrer temperamentos quando se tratar de bens móveis, dentre eles veículos. De fato, as regras jurídicas devem ser interpretadas de acordo com aquilo que ordinariamente acontece no mundo fenomênico. Não se pode trabalhar com presunções legais que não encontram fundamento lógico na realidade dos fatos.

No caso dos autos, a experiência dos negócios revela que as pessoas não costumam consultar os registros forenses - cartórios distribuidores - antes de adquirirem bens móveis, dentre eles veículos automotores. A dinâmica com que se dão os negócios envolvendo a compra e venda de veículos e motocicletas mostra-se incompatível com a necessidade de consulta prévia aos cartórios distribuidores.

No caso dos autos, a empresa Proveta Comercio de Pescados sequer é parte na execução principal, não tendo havido qualquer determinação para sua inclusão no polo passivo da execução, de modo que não há como se afirmar qualquer má-fé do embargante.

Mesmo que haja alguma determinação judicial futura para inclusão de referida empresa no polo passivo da execução, no caso específico dos autos, não atingiria o veículo em questão, tendo em vista que, como já afirmado, a aquisição ocorreu antes mesmo da propositura da ação executiva. Daí a conclusão pela impertinência da prova oral pretendida, pois as alegações da embargada resumem-se à afirmar a existência de grupo econômico e confusão patrimonial entre a empresa executada e a empresa que era proprietária do veículo. O mesmo se diga quanto à pretensão para pesquisa de declarações de imposto de renda, pois estas já foram juntadas com a inicial.

Desta forma, em se tratando de veículos automotores, para que se configure fraude à execução é mister que a ação esteja registrada no departamento de trânsito ou que o exequente demonstre que o adquirente tinha conhecimento a respeito da existência da demanda executiva. Este, aliás, é o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Desta forma, na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "não se configura fraude à execução se sobre veículo automotor, à época da compra e venda, inexistia qualquer restrição junto ao DETRAN que pudesse levar à indicação da ocorrência do consilium

Acesso ao Sumário

fraudis. Mesmo com a citação do devedor, prévia à alienação do bem, seria necessário que o credor provasse a ciência do adquirente acerca da execução fiscal proposta contra o alienante para que se configurasse a fraude." (REsp 798.124/RS).

Atento para esta circunstância, o legislador processual fez inserir no Código de Processo Civil a disposição segundo a qual "O exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade" (artigo 828, caput), incumbindo ao exequente (ônus processual) "proceder à averbação em registro público do ato de propositura da execução e dos atos de constrição realizados, para conhecimento de terceiros" (CPC, artigo 799, IX).

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE o pedido para o fim de reconhecer em definitivo a ineficácia da restrição judicial pelo RENAJUD VW/8.160 DRC 4X2, Ano de Fabricação/Modelo de 2012/2013, de Placa PFT-5E64 e para manter o embargante na posse do veículo.

Em razão da sucumbência, bem como resistência ao pedido do embargante, condeno a embargada ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios que arbitro em 10% sobre o valor atualizado da causa."

Contra esta decisão se insurge a embargada THERA TRADING COMERCIALIZADORA DE ENERGIA LTDA, ora apelante.

A pretensão, contudo, não merece acolhida, devendo a r. sentença recorrida ser mantida por seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razões de decidir.

Com efeito, não há que se cogitar de intempestividade dos embargos de terceiro, uma vez que os embargos "*podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença e, no cumprimento de sentença ou no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta*" (artigo 675, *caput*, do Código de Processo Civil).

Na hipótese, como bem observou o D. Juízo *a quo*, sequer se efetivou a penhora do veículo, tendo havido apenas restrição judicial de transferência do bem, de modo que, à toda evidência, não houve qualquer ato de alienação do bem em decorrência de constrição judicial.

Superada esta questão, é de rigor o acolhimento da pretensão do embargante.

De fato, segundo consta dos autos, THERA TRADING COMERCIALIZADORA DE ENERGIA LTDA ajuizou "*execução de título extrajudicial*" con-

Acesso ao Sumário

tra CASTRO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PESCADOS LTDA, pleiteando a satisfação de crédito no valor de R$ 224.034,49, lastreado em contrato de compra e venda de energia elétrica (processo nº 1082435-39.2022.8.26.0100).

O exame dos autos do processo de execução revela que, na petição inicial daquele feito, a exequente requereu a desconsideração da personalidade jurídica da executada CASTRO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PESCADOS LTDA, para incluir no polo passivo os sócios JOSÉ PAULO DE CASTRO, JEDIEL DE CASTRO, LAURECI CASTRO DOS SANTOS e a pessoa jurídica PROVETA COMÉRCIO DE PESCADOS LTDA, sob o argumento de que esta pessoa jurídica teria sido constituída como forma de suceder aquela de forma fraudulenta.

Nesse cenário, o D. Juízo *a quo* havia deferido pedido liminar de arresto dos bens das pessoas físicas e jurídica que a exequente pretendia incluir no polo passivo da execução, o que culminou com a restrição de transferência do caminhão de placa PFT-5E64, adquirido pelo embargante da requerida PROVETA COMÉRCIO DE PESCADOS LTDA (fls. 125/126 e 134 dos autos do processo de execução).

Todavia, contra a referida decisão a requerida PROVETA COMÉRCIO DE PESCADOS LTDA interpôs o Agravo de Instrumento n° 2307855-54.2022.8.26.0000, ao qual esta 11ª Câmara de Direito Privado deu parcial provimento, em acórdão de minha relatoria. Confira-se a ementa:

> "*EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - Insurgência do executado em face de decisão que deferiu o arresto liminar de seus bens após desconsideração da personalidade jurídica da devedora originária - Cabimento* - ***Pedido de desconsideração da personalidade jurídica da executada formulado na Inicial - Pretensão de inclusão imediata das pessoas indicadas no polo passivo da execução, à luz do artigo 134, § 2º, do Código de Processo Civil - Alegação de abuso de personalidade jurídica - Responsabilidade patrimonial de terceiros que será aferida tão somente após o exercício do contraditório e ampla defesa - Não obstante a presença de indícios de confusão patrimonial, não há provas de que o devedor está dilapidando seu patrimônio ou atuando para frustrar a execução - Indeferimento do arresto cautelar de bens, sem prejuízo de posterior reexame do pedido caso surjam novos elementos indicativos da necessidade da medida*** - *RECURSO PROVIDO*." (Grifo nosso)

Em razão do quanto decidido no referido agravo de instrumento, a exequente noticiou ao D. Juízo *a quo* o resultado do recurso e, alegando a existência de provas novas, requereu novo deferimento do arresto cautelar dos bens dos requeridos JOSÉ PAULO DE CASTRO, JEDIEL DE CASTRO, LAURECI CASTRO DOS SANTOS e a pessoa jurídica PROVETA COMÉRCIO DE PESCADOS LTDA, bem como a manutenção do bloqueio que recaiu sobre o caminhão de placa PFT-5E64.

Acesso ao Sumário

Contudo, o D. Juízo *a quo* indeferiu o pedido e determinou "*o desbloqueio dos bens arrestados em nome de terceiros (conforme pp. 134/135, 136, 140 e 141), mantendo a ordem de bloqueio de transferência dos veículos registrados em nome da executada, ante o provimento do V. Acórdão*" (fls. 166/167 dos autos do processo de execução).

Contra esta decisão a exequente não interpôs recurso algum.

Portanto, embora esteja em discussão perante o juízo de primeiro grau o pedido de desconsideração da personalidade jurídica formulado pela exequente, após a revogação da liminar de arresto por esta 11ª Câmara de Direito Privado foi determinado o levantamento da restrição de transferência do caminhão adquirido pelo embargante, de modo que se impõe o acolhimento da pretensão veiculada nos presentes embargos de terceiro.

Em suma, ao menos por ora, a vendedora do caminhão, PROVETA COMÉRCIO DE PESCADOS LTDA sequer é parte executada e, embora figure como requerida no pedido de desconsideração da personalidade jurídica formulado pela exequente, e tenha oposto embargos à execução para veicular sua defesa (processo n° 1030726-28.2023.8.26.0100), não há tutela provisória que ampare a constrição de seus bens.

Não bastasse isso, é inviável o reconhecimento de fraude contra credores, em razão da realização de suposto negócio jurídico simulado envolvendo a aquisição do caminhão pelo embargante.

Realmente, como bem observou o Magistrado prolator da r. sentença recorrida, o pedido de reconhecimento de fraude contra credores deve ser manejado pela via processual adequada à anulação do negócio jurídico supostamente simulado.

A esse respeito, confira-se o enunciado da Súmula nº 195 do Superior Tribunal de Justiça: "*Em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores*".

Na hipótese, tampouco é viável o reconhecimento de fraude à execução, haja vista que a transferência do veículo para o embargante, em 01/08/2022, é anterior à própria distribuição do processo de execução (04/08/2022) em que, frise-se, ao menos por ora, a vendedora do caminhão sequer figura como executada.

Nesse contexto, era mesmo dispensável a produção da prova oral pleiteada pela embargante, a fim de demonstrar eventual má-fé do embargante, não havendo que se cogitar de cerceamento de defesa.

E outras razões são dispensáveis, em virtude da integral adoção dos fundamentos expostos na r. sentença recorrida.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso. Em razão da sucumbência, tendo em vista o disposto no artigo 85, §11, do Código de Processo Civil, majoram-se os honorários advocatícios sucumbenciais, pelo trabalho

Acesso ao Sumário

adicional realizado em segundo grau, para 12% do valor atribuído à causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1018753-48.2023.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante TELEFÔNICA BRASIL S.A., é apelado CAUE VAZQUEZ LA SCALA TEIXEIRA.

ACORDAM, em 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.627)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NETO BARBOSA FERREIRA (Presidente sem voto), CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN e MÁRIO DACCACHE.

São Paulo, 13 de agosto de 2024.

FABIO TABOSA, Relator

EMENTA: Prestação de serviços. Telefonia. Demanda indenizatória. Alegação de transferência não autorizada de linha telefônica para chip de telefone móvel diverso, com invasão, a partir daí, de conta do e-mail do autor e das plataformas Facebook, Tiktok e Hotmart, com sucesso na troca das senhas. Déficit de segurança no serviço de telefonia devidamente evidenciado. Estelionatários que se utilizaram da linha telefônica do autor para recuperação de dados e invasão dos seus aplicativos. Responsabilidade da ré reconhecida. Dano moral, contudo, não caracterizado. Transtornos que não ultrapassaram os limites do razoável. Inexistência de prática, pelos invasores, de atos prejudiciais à imagem do autor, como golpes atrelado a anúncios falsos de vendas e investimentos. Falta de qualquer prejuízo financeiro a pessoas da lista de contato do autor. Recuperação da linha telefônica, outrossim, que se deu de forma rápida, em pouco mais de duas horas depois, sem repercussões de relevo. Demora na recuperação da conta da rede social Facebook que não pode ser atribuída à ré. Demanda indenizatória improcedente. Sentença reformada. Apelação da ré provida para tal fim.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTOS.

A r. sentença de fls. 150/156 julgou procedente demanda indenizatória ajuizada por usuário de serviço de telefonia móvel contra a respectiva fornecedora, tendo por fundamento alegada falha no dever de segurança, consistente na permissão de transferência não autorizada da linha telefônica para *chip* diverso, com obtenção de acesso a conta do *e-mail* do autor e suas plataformas *Facebook*, *Tiktok* e *Hotmart*, por meio do sistema de recuperação de senhas; afastou a MMª Juíza, para tanto, preliminar de ilegitimidade passiva, considerando, por outro lado, não ter a ré demonstrado a regularidade da prestação dos seus serviços, além de permitir a transferência de titularidade da linha telefônica do autor sem sua anuência, ressaltando tratar-se de risco inerente ao ambiente profissional de sua atuação. Reconheceu, nessa linha, a responsabilidade pela alteração não solicitada, a qual teria possibilitado a alteração de senha de aplicativos e acesso a conta do autor por estelionatários. Considerou, outrossim, devida a indenização por danos morais postulada, ponderando a incidência da teoria do desvio produtivo por ter o autor sido obrigado a ajuizar demanda para solucionar problema ao qual não teria dado causa, condenando a ré ao pagamento de indenização a esse título arbitrada no valor indicado na inicial, de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Apela a ré (fls. 159/167), refutando, em síntese, a responsabilidade a ela atribuída, argumentando não ser seu o dever de controle de acesso às plataformas invadidas, as quais possuem sistema de segurança próprio voltado ao monitoramento do tráfego na rede, atribuindo a culpa aos terceiros fraudadores. Insiste, outrossim, na falha do próprio autor por não ter adotado as medidas de segurança na plataforma, como verificação em duas etapas. Reitera serem insuficientes para configurar ofensa extrapatrimonial os meros aborrecimentos, qualificando, ainda, de excessivo o valor arbitrado. Bate-se, nesses termos, pela reforma da r. sentença, com o julgamento de integral improcedência da demanda ou, quando não, com a redução do *quantum* indenizatório.

O recurso, que é tempestivo, foi devidamente processado, com a apresentação de contrarrazões somente pelo autor (fls. 173/179).

É o relatório.

Prospera o inconformismo.

Embora a ré refute a responsabilidade a ela atribuída, restou incontroverso nos autos ter havido a transferência não autorizada da linha de telefone do autor para *chip* diverso (também demonstrada pela tela sistêmica obtida pelo autor junto à ré - fl. 19) e, a partir disso, a recuperação de informações necessárias à alteração de senhas das redes sociais *Facebook* e *Tiktok*, além da plataforma Hotmart (fls. 21/24). O déficit de segurança no tocante ao serviço de telefonia em si, nesse quadro, mostra-se evidente.

Acesso ao Sumário

Tampouco aproveitaria à ré a alegação de obrigação do usuário quanto à adição de medidas de segurança na plataforma, como verificação em duas etapas, uma vez que, ainda que ela exista, não apresentou qualquer elemento, sequer indiciário, quanto ao eventual descuido do autor sobre qualquer desses mecanismos, ou qualquer outra atitude que pudesse ter contribuído para o evento.

Ainda que o número de telefone não tenha sido a única informação utilizada pelos golpistas, a própria ré não nega que os aplicativos das redes sociais estivessem mesmo associados ao número indevidamente cedido; e, tendo ela falhado ao não identificar a fraude no pedido de solicitação de troca de *chip*, acabou por fornecer o caminho para que os estelionatários invadissem o *e-mail* e as contas do autor nas plataformas de redes sociais.

Claro, pois, a par da já mencionada a falha de segurança, o nexo de causalidade para com a fraude de que foi vítima o autor.

Ocorre que, não obstante inequívoca a falha dela, ré, o fato é que, bem pesadas as circunstâncias dos autos, não se vislumbra, em particular, hipótese de especial sofrimento ou dificuldades causadas ao autor pela conduta da ré, em termos suficientes a levar à caracterização de ofensa extrapatrimonial juridicamente relevante.

Isso porque não relatou o autor na inicial qualquer atuação específica dos estelionatários a prejudicar a sua imagem, tal qual a prática de golpes atrelados a anúncios falsos de vendas e de investimentos, como frequentemente ocorre em situações dessa natureza.

Não houve, outrossim, qualquer prejuízo financeiro para o autor ou para qualquer usuário da sua lista de contato, tampouco havendo demora para a recuperação da linha telefônica. Com efeito, conforme indicou o próprio autor na inicial, a indisponibilidade da linha durou somente 197 minutos, tendo sido recuperada pelos meios administrativos, sem a necessidade de ajuizamento de pretensão nesse sentido.

E não aproveita ao autor a alegada demora no reestabelecimento da conta do *Facebook*, uma vez que, embora a invasão inicial possa ser atribuída à falha de segurança no serviço da ré, o mesmo não se pode dizer da delonga para a recuperação da rede social, que não dependia da apelante, mas da própria gerenciadora da rede.

Ora, o dano moral, como cediço, para justificar hipótese de reparação pecuniária autônoma, não pode tomar por base aborrecimentos ou contratempos da vida cotidiana, ainda que determinados por condutas eventualmente irregulares de outrem, sob pena não só de banalização do instituto, como também de criação de situação insustentável e indesejável do ponto de vista social, com a monetarização de todos os conflitos interpessoais.

Ainda que represente, em tal sentido, inegável progresso quanto ao instituto da responsabilidade civil, deve ter sua aplicação restrita aos casos de afe-

Acesso ao Sumário

tação direta e significativa a direitos da personalidade, quando não de aflição psicológica ou perturbação emocional relevantes e claramente desbordantes do que seja assimilável por pessoa média no âmbito da vida em sociedade.

O raciocínio de que o dano moral seja *in re ipsa*, com a devida vênia, é enganoso e não pode ser acolhido indiscriminadamente. Admite-se possa ele decorrer diretamente do ilícito quanto a casos em que, por sua natureza, o simples reconhecimento da lesão a determinados valores pessoais já permita, de per si, identificar abalo moral significativo, sem necessidade de demonstração dos desdobramentos em concreto, como se tem no tocante a anotações cadastrais restritivas, morte de entes familiares, dores ou deformações físicas.

Mesmo nesses casos, entretanto, não é que se dispense a indagação sobre o reflexo moral, ou que se tenha por suficiente o reconhecimento de ato contrário ao Direito. O que se tem, apenas, são hipóteses a tal ponto evidentes de afetação grave a direitos da personalidade que a mera caracterização objetiva de eventos dessa ordem permite a afirmação da existência de dano indenizável.

Em assim sendo, não havia cabimento para a indenização, ficando reformada a r. sentença para julgar **improcedente** a demanda, ficando o autor, por força disso, condenado no pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1131303-14.2023.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TRANSPORTES AÉREOS PORTUGUESES S/A, são apelados ALEJANDRO MARCELO APESOA, ARIEL APESOA (REPRESENTADO(A) POR SUA MÃE), DAVID APESOA (REPRESENTADO(A) POR SUA MÃE) e RAQUEL RECHTMAN APESOA.

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 52527)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente sem voto), RÉGIS RODRIGUES BONVICINO e TAVARES DE ALMEIDA.

São Paulo, 14 de agosto de 2024.

LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Responsabilidade civil - Transporte aéreo internacional - Atraso e cancelamento de voo - Ausência de provas da informação adequada e assistência aos passageiros - Descaso com o consumidor - Defeito na prestação do serviço - Responsabilidade objetiva da empresa aérea - Indenização por danos morais devida - Valor reparatório a título de danos morais fixado em primeira instância com base em critério de razoabilidade - Autores que, acompanhados de seus dois filhos menores, só conseguiu chegar ao seu destino depois de 16 (dezesseis horas), perderam um dia de trabalho e as crianças um dia de ano letivo - Sentença mantida - Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por Alejandro Marcelo Apesoa, Ariel Apesoa, David Apesoa e Raquel Rechtman Apesoa contra Transportes Aéreos Portugueses S/A., cuja r.sentença de primeiro grau de fls. 138/142, de lavra do Magistrado FERNANDO ANTÔNIO TASSO, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 10.000,00, para cada autor, corrigido monetariamente pela tabela prática do TJSP desde a data da presente sentença e acrescido de juros legais de 1% ao mês a partir da citação, por se tratar de responsabilidade contratual, até a data do efetivo pagamento. Em razão da sucumbência, considerando-se o enunciado da Súmula nº 326 do STJ ("*na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica em sucumbência recíproca*"), condenou a ré ao pagamento das custas, despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, parágrafo 2º, do CPC.

Irresignada, apelou a ré, vencida, buscando reforma, sustentando, em apertada síntese, que o cancelamento do voo se deu em razão de falha mecânica imprevista na aeronave contratada para o voo, sendo necessária manutenção emergencial para garantir a segurança dos passageiros; diz que não pode ser responsabilizada pelo cancelamento do voo, já que se tratou de caso fortuito ou força maior; afirma que agiu em consonância com as determinações da ANAC, comunicando os autores previamente sobre a alteração e oferecendo a possibilidade de reacomodação em novo voo, razão pela qual não há que se falar em indenização por danos morais. Em outra linha de argumentação, caso não seja este o entendimento, requer a redução do "*quantum*" indenizatório.

Acesso ao Sumário

Recurso regularmente processado, com resposta dos autores (fls. 165/177), **e parecer da Douta Procuradoria Geral da Justiça (fls. 189/197), opinando pelo não provimento ao recurso da ré**, subiram os autos.

É o relatório.

De início, frise-se que o Recurso Extraordinário n. RE 636331/RJ (Rel. Min. Gilmar Mendes) não tem incidência sobre a hipótese dos autos, porquanto aqui se discute somente a ocorrência ou não do dano moral e o valor da respectiva indenização, ou seja, não se trata de limitação pertinente aos danos materiais decorrentes de extravio de bagagem.

O Informativo n. 866 do C. STF esclarece que o Colegiado limitou a aplicação das convenções internacionais a prejuízos de ordem material, ou seja, exclui-se a incidência no que tange à pretensão de danos morais, como no caso em apreço. Confira-se: "*as disposições previstas nos aludidos acordos internacionais incidem exclusivamente nos contratos de transporte aéreo internacional de pessoas, bagagens ou carga. Assim, não alcançam o transporte nacional de pessoas, que está excluído da abrangência do art. 22 da Convenção de Varsóvia. Por fim, esclareceu que a limitação indenizatória abarca apenas a reparação por danos materiais, e não morais*".

No mais, conforme se infere dos autos, a alegação dos autores é no sentido de que adquiriram passagens aéreas junto à ré, sob o código de reserva TPZ-7ZV; e que, após concluírem o *check-in online*, se depararam com a informação de que a reserva estava cancelada e seriam realocados em voos das companhias aéreas GOL e AIR FRANCE; dizem que permaneceram no aeroporto por mais de 06 (seis) horas, além de um atraso total de 16 (dezesseis) horas na viagem, o que ocasionou a perda de um dia de trabalho para os autores Raquel e Alejandro e perda de um dia letivo para os autores Ariel e David; afirmam que solicitaram informações de suas reservas originais junto à ré, as quais foram negadas, razão pela qual pretendem sejam indenizados dos danos morais que alegam ter sofrido, em valor não inferior a R$ 10.000,00 para cada autor.

No caso em comento, não vislumbro qualquer prova que exclua a responsabilidade da ré/apelante, na medida em que não logrou êxito em comprovar que prestou assistência aos autores e seus filhos menores de idade de forma realmente adequada e suficiente, não trazendo fatos a desconstituir o direito pretendido, bem como não amenizou, de fato, os transtornos suportados pelos autores, na forma do artigo 373, inciso II do Código de Processo Civil.

Tem a cia. aérea, no mínimo, que prestar toda a assistência necessária ao passageiro que estiver sujeito a tais contratempos, principalmente quando se adquiriu passagem com conexão, havendo necessidade de recolocação em voo próximo a fim de evitar maiores transtornos àquele que contratou o serviço de transporte, o que não ocorreu, na espécie.

Ora, restou incontroverso que os autores, juntamente com seus filhos me-

Acesso ao Sumário

nores de idade, chegaram ao seu destino depois de 16 horas do efetivamente previsto, e que os autores Raquel e Alejandro perderam um dia de trabalho e os autores Ariel e David perderam um dia letivo.

Indubitável que as partes suportaram efetivamente desgastes e aborrecimentos que configuraram danos morais indenizáveis.

Não se tratou de mero dissabor, ainda mais considerando que os autores estavam acompanhados de seus filhos.

O evento ocorrido caracterizou, obviamente, situação cansativa, aflitiva e desgastante para todos, inclusive para as crianças, nesta hipótese.

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, com base em tais elementos, reputo razoável o valor fixado em primeira instância a título de danos morais (R$ 10.000,00 para cada autor), com os mesmos critérios e correções adotados na r.sentença (*corrigido monetariamente pela tabela prática do TJSP desde a data da presente sentença e acrescido de juros legais de 1% ao mês a partir da citação, por se tratar de responsabilidade contratual, até a data do efetivo pagamento*).

Por fim, nos termos do art. 85, parágrafo 11º, do CPC, dado o improvimento do recurso da ré, majoro os honorários advocatícios devidos por ele ao patrono dos autores para 17% do valor atualizado da condenação.

Pelo exposto, **e ancorada no parecer da Douta Procuradoria Geral da Justiça** (fls. 189/197), nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1011642-75.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JOÃO JOSÉ OLIVEIRA DE ARAÚJO e SKYPAR EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, é apelado BANCO CITIBANK S/A.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40340)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 14 de agosto de 2024.
TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO. "Contratos de Abertura de Linha de Crédito para Adiantamento", firmados em moeda estrangeira (Dólar Norte-Americano), com o objetivo de financiar a exportação de minério de manganês.
JUSTIÇA GRATUITA OU DIFERIMENTO DAS CUSTAS. Prova documental apta a demonstrar a momentânea dificuldade financeira dos Apelantes, que tiverem as custas iniciais parceladas em 12 vezes e, agora, tiveram os bens declarados indisponíveis por decisão liminar em sede de incidente de desconsideração da personalidade jurídica da falida Mineração Buritirama S/A. Acolhido o pedido subsidiário, para autorizar o recolhimento do preparo recursal ao final.
CERCEAMENTO DE DEFESA. Inocorrência. Feito instruído com farta documentação, em especial os contratos objeto de impugnação e os demonstrativos de débito necessários à compreensão da extensão da obrigação. Prova pericial contábil desnecessária. Valor exequendo e eventual excesso que podem ser apurados mediante simples cálculos aritméticos.
EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO OU RECONHECIMENTO DO EXCESSO. Inépcia da execução não configurada. Petição inicial aparelhada com demonstrativos de débito de fls. 127/129, que atendem satisfatoriamente os requisitos do art. 798, parágrafo único, do CPC. Alegação de excesso de execução com fundamento na Teoria da Imprevisão. Inadmissibilidade. Art. 7º da Lei nº 14.010/2020 que desconsiderou, de forma expressa, o aumento da variação cambial como fato imprevisível a autorizar a

Acesso ao Sumário

revisão contratual durante a pandemia do Covid-19. Contrato nº IBFL021202520002 firmado em 03/04/2020, quando a pandemia Covid-19 já havia se instaurado e o potencial de danos já havia sido suscitado nos meios de comunicação. Inocorrência de vantagem manifestamente excessiva, pois, tal como os minérios foram negociados para exportação, os recebimentos dos pagamentos do minério exportado pela mineradora se deram em moeda estrangeira. A oscilação dos preços dos minérios não caracterizou imprevisão, pois faz parte da álea inerente ao empreendimento da devedora e os preços dos minérios se recuperaram substancialmente ainda em 2020. Ausente os pressupostos da Teoria da Imprevisão, pois não se vislumbra alteração na base jurídica contratual, nem desequilíbrio econômico-financeiro desproporcional. Execução hígida e que deve prosseguir normalmente. Excesso de execução no valor de R$ 8.946.872,15 ou de R$ 2.686.766,20, decorrência da emenda da petição inicial pelo Banco-apelado para retificar a data da conversão do Dólar em moeda nacional. Inocorrência. Retificação da data de conversão para a data de ajuizamento, para fins de alçada. Valor correto da obrigação oriunda da conversão do Dólar em Real que será apurado na data do efetivo pagamento, consoante precedentes do C. STJ.

VALOR DA CAUSA. Retificação de ofício pelo juízo a quo. Acerto da decisão, eis que o valor da causa deve refletir o benefício econômico buscado pelo devedor ao opor embargos. No caso, além do argumento de excesso de execução, os Apelantes pretenderam a extinção da execução, razão pela qual acertada a retificação do valor da causa para R$ 157.556.384,69 na execução e R$

107.926.1555,89 nos embargos do devedor. Exegese do art. 292, incisos VII e VIII, do CPC.
Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por SKYPAR EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. E OUTRO nos autos dos embargos à execução opostos em face de BANCO CITIBANK S/A, contra a r. sentença (fls. 1166/1189, integrada às fls. 1358/1364) proferida pelo MM. Juiz de Direito 14ª Vara Cível do Foro Central, Comarca de São Paulo, Dr. Christopher Alexander Roisin, que rejeitou os embargos e, diante do pedido alternativo de revisão do contrato pela aplicação da teoria da imprevisão que reconheceu a dívida no valor de R$ 49.630.228,80 (fls. 322), corrigiu de ofício o valor da causa dos embargos para R$ 107.926.155,89, e da execução para R$ 157.556.384,69.

Pugnam os Apelantes, inicialmente, pela concessão dos benefícios da justiça gratuita, pois, a despeito do deferimento pelo Tribunal do parcelamento das custas judiciais (agravos nº 2064852-33.2022.8.26.0000 e nº 2064860-10.2022.8.26.0000), desde o julgamento dos referidos recursos, ocorrido em 13/09/2022, a situação econômico-financeira dos Apelantes se tornou bastante precária, o que autoriza a concessão do benefício da justiça gratuita ou o diferimento do recolhimento das custas ao final; conforme balanços patrimoniais de 2020, 2021, 2022 e 2023, a Skypar terminou os referidos exercícios com prejuízos de R$ 316.405.000,00, R$ 142.823.000,00, R$ 725.000,00 e R$ 269.000,00, respectivamente; não tem condições de arcar com preparo no valor de R$ 106.080,00; no incidente de desconsideração da personalidade jurídica da Buritirama Mineração S/A (processo nº 0048325- 94.2023.8.26.0100), foi concedida liminar em 28/09/2023 decretando a indisponibilidade e arresto de bens dos Apelantes, que figuraram no polo passivo do incidente; em acréscimo, o Apelante João Araújo foi proibido de praticar qualquer ato de gestão extraordinária, em especial alienação de ativos, movimentações financeiras e disposição de direitos sem autorização do juízo falimentar; os Apelantes não dispõem de caixa para adimplir as suas obrigações financeiras, nem mesmo o pagamento de folha de seus funcionários e prestadores de serviço. Requerem a concessão do benefício da justiça gratuita ou, subsidiariamente, o diferimento do pagamento das custas ao final do processo.

Sustentam a ocorrência de cerceamento de defesa, pois necessária a produção de prova pericial para demonstrar a ocorrência de excesso de execução pela aplicação incorreta da cotação do dólar- americano; os Apelantes juntaram memória descritiva do cálculo que entendiam como correto caso acolhida a tese da teoria da imprevisão (fls. 139/140), bem como demonstraram

Acesso ao Sumário

a incorreção da utilização da cotação para conversão da obrigação em moeda nacional (§ 57 da petição inicial, fls. 15/16); ainda assim, como o juízo a quo entendeu que não foi demonstrado o excesso de execução, deveria deferir a dilação probatória, com a realização de prova técnica contábil. Pedem a anulação da r. sentença por cerceamento de defesa.

Alegam ter firmado, na condição de avalistas da falida Buritirama Mineração S/A, dois "Contratos de Abertura de Linha de Crédito para Adiantamento"; o primeiro contrato (IBFL021192960002) foi celebrado em 27 de dezembro de 2018 prevendo a liberação de US$ 20.000.000,00 (vinte milhões de dólares norte-americanos), enquanto o segundo contrato (IBFL021202520002) foi celebrado em 03 de abril de 2020 prevendo a liberação de US$ 23.000.000,00 (vinte e três milhões de dólares norte- americanos fls. 80/126); a execução seria inepta, pois a memória de cálculo seria superficial e genérica, estando em desacordo com o disposto no art. 798 do CPC; os contratos previam que os juros remuneratórios deveriam ser calculados com base na taxa interbancária de Londres ("Libor"), acrescidos de um *spread* (fls. 1388); os juros moratórios também deveriam ser calculados com base na taxa Libor (fls. 1388); para a realização do cálculo do valor devido era necessário (i) a indicação da evolução do débito, incluindo os pagamentos realizados; (ii) a indicação e comprovação da taxa Libor, a qual não é índice oficial de correção monetária brasileiro; e (iii) a indicação da evolução dos juros moratórios; o Banco-apelado não comprovou os referenciais utilizados; os demonstrativos de débito apresentados na execução (fls. 127/129 deste autos) são ininteligíveis, pois não se compreende a correta evolução do débito e a aplicação correta dos referenciais, nem mesmo o saldo devedor histórico; o cálculo correto da taxa Libor deveria ter sido provado pelo Banco-apelado, pois se trata de índice referencial internacional, não se tratando de índice oficial brasileiro; o Banco-apelado, deixando de detalhar os valores e parâmetros, transferiu aos Apelantes o ônus de comprovar a incorreção dos cálculos; a execução deve ser extinta ou, no mínimo, os cálculos devem ser refeitos; a r. sentença se equivocou ao entender que o "pedido de revisão do contrato pela aplicação da teoria da imprevisão em razão da variação cambial pelas instabilidades decorrentes da pandemia da COVID-19 não prospera", pois a variação da cotação do dólar-norte americano se deu por eventos extraordinários à celebração dos contratos e pelos efeitos da pandemia da Covid-19; durante a pandemia o dólar norte-americano chegou a valores estratosféricos e, desde então, não houve baixas significativas; houve valorização da moeda norte-americana em mais de 30%, enquanto o Real desvalorizou; quando da pactuação do segundo contrato, no início do lockdown, os Apelantes não podiam compreender a seriedade da pandemia e as graves consequências dela, evento este que pode ser considerado de força maior e imprevisível, acarretando a desproporção entre os valores dos contratos na data em que foram pactuados e a sua conversão na data

Acesso ao Sumário

do pagamento, com a quebra da base objetiva do negócio; o contrato deve ser resolvido ou revisto, conforme art. 317 do Código Civil; o TJSP já reconheceu por diversas vezes a alteração da base objetiva do contrato em decorrência da pandemia da Covid-19; a sentença aplicou equivocadamente o art. 7º da Lei nº 14.010/2020; às fls. 139/140 os Apelantes juntaram memória de cálculo demonstrando que a aplicação da Teoria da Imprevisão levaria a uma diferença de R$ 8.946.872,15, ou seja, reduziria de 166.503.256,84 para R$ 157.556.384,69 (fls. 1396); o Apelado deu início à execução pelo valor de R$ 166.503.256,84 e simples cálculos aritméticos demonstram que se realizada a conversão na data do ajuizamento da execução, o débito seria de R$ 163.816.490,64, ou seja, R$ 2.686.766,20 a menos (fls. 1397); sobre o valor da causa, os Apelantes apresentaram dois pedidos alternativos de excesso de execução, um no valor de R$ 8.946.872,15 e outro no valor de R$ 2.686.766,20, em nenhum momento reconheceram como incontroverso o débito de R$ 49.630.228,80, nem houve pedido de reconhecimento de excesso no valor de R$ 107.926.155,89; a discussão diz respeito tão somente ao valor controvertido, qual seja R$ 8.946.872,15, razão pela qual apontou este montante como o valor da causa. Pede a extinção da execução ou, subsidiariamente, o reconhecimento do excesso apontado.

Contrarrazões impugnando o requerimento de justiça gratuita e pugnando pelo não provimento do recurso (fls. 1428/1452).

Parecer ministerial pelo acolhimento do pedido de concessão do benefício da justiça gratuita aos Apelantes ou, subsidiariamente, do pedido de diferimento do preparo recursal para depois da satisfação da execução. Ato contínuo, manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 1468/1492).

Oposição ao julgamento virtual pelos Apelantes (fls. 1495).

É o relatório.

Da justiça gratuita ou do diferimento das custas

Preliminarmente, acolhe-se o pedido de subsidiário de diferimento do preparo recursal para depois da satisfação da execução.

Conforme bem ponderado no parecer ministerial, os balanços patrimoniais dos anos de 2019 a 2023 (fls. 1401/1408), que atestam os prejuízos financeiros anuais da Skypar, somados à decisão proferida no incidente de desconsideração da personalidade jurídica da falida Mineração Buritirama S/A, em que foi deferido, liminarmente, a indisponibilidade e o arresto de todos os bens dos Apelantes Skypar e João Araújo, levam ao entendimento de que passam por momentânea impossibilidade financeira para arcar com as custas da apelação.

Registra-se, inclusive, que o decreto de indisponibilidade de bens é posterior às decisões proferidas nos agravos de instrumento nº 2064852-33.2022.8.26.0000 e nº 2064860-10.2022.8.26.0000, em que foi deferido aos Apelantes o parcelamento das custas iniciais em 12 vezes.

Ou seja, a situação econômico-financeira dos Apelantes, no

Acesso ao Sumário

curso da execução, agravou-se consideravelmente em razão do decreto de falência da Mineração Buritirama S/A e, ato seguinte, da desconsideração de sua personalidade jurídica para atingir os bens dos sócios, dentre os quais a Skypar e João Araújo, cujos bens estão indisponíveis cautelarmente para resguardar os créditos na falência.

Destaca-se o parecer ministerial:

> "Pois bem. O fato de a empresa encontrar-se em dificuldade financeira, bem como em razão da pessoa física ter tido seus bens arrestados, gera a presunção de que não possuem condição de suportar os encargos do processo e, assim, pode haver o diferimento de custas pretendido."

Sendo assim, fica deferido o recolhimento do preparo recursal ao final, assegurando-se aos Apelantes o duplo grau de jurisdição.

Do cerceamento de defesa

Não há que se falar de cerceamento de defesa.

O juiz deve observar o princípio do livre convencimento motivado na apreciação das provas produzidas, não estando obrigado a deferir diligências inúteis ou meramente protelatórios, consoante artigos 370 e 371 do CPC.

Na espécie, o feito foi instruído com farta documentação, em especial os contratos objeto de impugnação e os demonstrativos de débito necessários à compreensão da extensão da obrigação, mostrando-se despicienda a realização de prova pericial contábil, eis que o valor exequendo e eventual excesso a ser reconhecido podem ser apurados por simples cálculos aritméticos.

Conforme será melhor explorado no mérito, os demonstrativos de débito que aparelharam a execução são claros e permitem a exata compreensão da evolução da dívida, sendo ônus dos Apelantes contrapor os cálculos apresentados através de demonstrativo de débito fundamentado e com o apontamento do valor correto, pena, inclusive, de rejeição liminar do argumento, na forma do art. 917, § 4º, do CPC.

Veja-se o parecer ministerial:

> "Pois bem. No caso concreto, o feito foi plenamente instruído ante a farta documentação carreada aos autos, inclusive com a juntada do demonstrativo de débito e com indicação dos juros aplicados, de modo que o valor do título é obtido por meio de cálculo simples, sem necessidade de realização de prova pericial."

Não obstante, conforme também será abordado no mérito, irrelevante eventual discussão sobre a cotação do dólar norte-americano na data em que ajuizada a execução, pois a obrigação foi validamente firmada em moeda estrangeira, cuja conversão para moeda nacional se dá no momento da satisfação da obrigação.

Quer dizer, discutir a cotação do dólar na data do ajuizamento da execução é inútil à resolução do feito, pois os contratos, assim como a própria legislação, preveem a conversão da dívida na data do pagamento.

Acesso ao Sumário

Afasta-se, assim, a preliminar de cerceamento de defesa.

Da extinção da execução ou reconhecimento do excesso

Cuida-se de execução ajuizada por Citibank em face Buritirama Mineração S/A (devedora principal) e dos coobrigados Skypar Empreendimentos e Participações Ltda. e João Araújo (ora Apelantes), amparada em dois títulos executivos extrajudiciais:

Contrato de Abertura de Linha de Crédito para Adiantamento, celebrado em 27.12.2018 (IBFL021192960002) e respectivo pedido de desembolso, com liberação de crédito no valor de US$ 20.000.000,00 (fls. 80/101) e saldo devedor histórico de US$ 12.000.000,00 (fls. 127); e

Contrato de Abertura de Linha de Crédito para Adiantamento, celebrado em 03.04.2020 (IBFL021202520002), respectivo pedido de desembolso e aditamento, com liberação de crédito de US$ 23.000.000,00 (fls. 103/126) e saldo devedor histórico de US$ 18.155.000,00.

Os contratos foram firmados com o objetivo de financiar os custos da exportação da produção de minério de manganês da Buritirama Mineração S/A.

Os valores foram parcelados e em razão do inadimplemento da devedora principal e dos coobrigados, deu-se início à execução.

As razões recursais são fundadas em basicamente duas teses:

a execução seria inepta, pois a memória de cálculo seria genérica e estaria em desacordo com as disposições do art. 798 do CPC;

excesso de execução: (i) seja pela aplicação da teoria da imprevisão/onerosidade excessiva superveniente em razão da pandemia do Covid-19 (artigos 317 e 478 do Código Civil);(ii) seja por suposta diferença havida entre os valores cobrados pelo Apelado e aqueles que os Apelantes entendem devidos (cálculos de fls. 322/323).

O recurso não deve ser provido.

Passa ao largo a hipótese de inépcia da petição inicial, pois, ao se analisar os demonstrativos de débito de fls. 127/129, conclui-se que o Banco-apelado cumpriu com os requisitos do art. 798, parágrafo único, do CPC, a saber:

correção monetária: não há previsão de correção monetária no contrato, pois foi celebrado em moeda estrangeira (dólar norte-americano), conforme autorização expressa dos artigos 2º e 3º do Decreto-Lei nº 857/1969, referido expressamente no art. 1º, § único, inciso I, da Lei nº 10.192, de 2001, como exceção à vedação de contratos em moeda estrangeira;

taxa de juros: taxas de juros contratuais (1,602630% a.a. e 6,250000%

Acesso ao Sumário

a.a.) e moratórios (3,602630% a.a. e 6,843750% a.a.) de cada contrato (IBFL021192960002 e IBFL021202520002, respectivamente);

termos inicial (28/12/2020 e 15/10/2020) e final (naquele momento, 11/06/2021, data do ajuizamento da ação) de incidência das taxas de juros utilizados em cada contrato (IBFL021192960002 e IBFL021202520002, respectivamente);

periodicidade da capitalização dos juros: os juros não são capitalizados;

especificação de desconto obrigatório realizado: sobre os saldos devedores não houve desconto, pois os devedores não pagaram nenhum valor depois que inadimpliram os contratos.

Como se conclui, o demonstrativo de débito apresentado pela instituição financeira não é superficial, muito menos genérico, restando satisfatoriamente atendido o comando legal do art. 798 do CPC, portanto, hígida a execução.

Neste sentido, os escorreitos fundamentos da r. sentença, que ficam incorporados a este v. acórdão:

"Não há inépcia da inicial da execução, uma vez que o demonstrativo aponta os critérios de atualização do débito com indicação de juros remuneratórios a partir de taxa referencial e aqueles de valor fixo, destacando que não são capitalizados e estão definidos em contrato, bastando a simples leitura do instrumento para adequada compreensão de que os quantitativos de juros indicados na memória correspondem àqueles descritos nas disposições contratuais, como é ônus de todos, principalmente, dos devedores que firmaram o contrato com tais previsões.

(...)

Ainda, não há correção monetária prevista em contrato porque o pacto foi firmado com pagamento em moeda estrangeira.

Em verdade, os embargantes se fazem de tolos ao aduzir a insuficiência da memória de cálculo do credor, já que afirmam que não estão obrigados a ler o contrato e compreender as suas disposições em relação ao demonstrativo:

(...)

A interpretação é comum entre os devedores contumazes que acreditam que conseguirão induzir o Juízo a erro diante de demonstrativos lacônicos promovidos pelas instituições financeiras e angariar a extinção da execução de título executivo extrajudicial para frustrar a satisfação do crédito, porém, a detida análise dos autos leva a conclusão em contrário, acarretando descrédito das afirmações, já que revelam fortes contornos de aventura jurídica."

Igualmente, o parecer ministerial:

"Ocorre que, consoante se verifica pelos contratos acostados às fls. 25/71 e pela planilha de cálculo juntada à fl. 87, dos autos de origem nº 1060514-58.2021.8.26.0100, tem-se que o processo de execução foi instruído com os títulos executivos nos quais se materializam os créditos vencidos e com a memória atualizada do débito pela qual é quantificada a pretensão executiva.

Acesso ao Sumário

> E como se nota, os ora apelantes indicam em suas razões recursais os supostos cálculos apresentados pelo ora apelado em sua inicial para justificar a ausência de liquidez (fls. 72/73 dos autos de origem), mas tais planilhas foram complementadas por outra planilha de cálculo acosta à fl. 87 dos autos de origem, após emenda à inicial.
>
> (...)
>
> Logo, observa-se que o título está revestido dos atributos de liquidez, certeza e exigibilidade, não havendo que se falar em inépcia da inicial."

Em verdade, os Apelantes tentam desqualificar o demonstrativo de débito apresentado pelo Banco-apelado, furtando-se, assim, do dever de impugná-lo especificadamente e de forma fundamentada, apresentado o valor correto devido, tal como determina o art. 917, § 4º, do CPC.

A conduta dos Apelantes somente reforça a desnecessidade de realização de prova pericial contábil, eis que, presentes parâmetros legais e contratuais para aferir o saldo devedor, a questão se resolve mesmo por simples cálculos aritméticos.

Também não se vislumbra excesso de execução com fundamento na Teoria da Imprevisão.

A Lei nº 14.010/2020, que dispôs sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de direito privado durante a pandemia do Covid-19, desconsiderou, de forma expressa, o aumento da variação cambial como fato imprevisível a autorizar a revisão contratual, conforme o disposto no art. 7º:

> "Art. 7º Não se consideram fatos imprevisíveis, para os fins exclusivos dos arts. 317, 478, 479 e 480 do Código Civil, o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização ou a substituição do padrão monetário."

Na espécie, a alta do dólar no período pandêmico não pode ser considerada fato imprevisível, nem que a prestação das partes tenha se tornado excessivamente onerosa, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto.

Primeiro, conforme bem fundamentado na r. sentença, o segundo contrato em discussão (IBFL021202520002) foi firmado em 03/04/2020, momento em que a pandemia Covid-19 já havia se instaurado e o potencial de danos já havia sido suscitado nos meios de comunicação, pois ultrapassado o 14º dia do decreto de medidas de combate à pandemia e mais de um mês do primeiro caso nacional.

Apesar de não se conhecer a exata oscilação da moeda estrangeira em razão da pandemia global, era possível prever que o câmbio e o preço das commodities, incluindo minérios, sofreriam grandes variações, como de fato ocorreu.

Segundo, inexiste a vantagem manifestamente excessiva suscitada pelos Apelantes, pois, tal como os minérios foram negociados para exportação e, obviamente, o recebimento dos pagamentos pela mineradora era

Acesso ao Sumário

em moeda estrangeira, a instituição financeira também cumpria suas obrigações vinculadas à exportação em moeda estrangeira, o que afasta a alegada desproporção.

Quer dizer, o minério de manganês extraído no Brasil com custos operacionais em reais e vendido para o exterior em dólares, considerando-se a valorização do dólar frente ao real no período pandêmico, representa influência positiva nos resultados das empresas exportadoras, e não o oposto.

Terceiro, e não menos importante, é fato notório que a oscilação dos preços dos minérios não caracteriza imprevisão, posto álea inerente ao empreendimento da devedora e, não bastasse, os preços dos minérios se recuperaram substancialmente ainda em 2020.

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

> "No caso concreto, o Contrato de Abertura de Linha de Crédito para Adiantamento IBFL021202520002 foi firmado em 03/04/2020, momento em que a pandemia COVID-19 já havia se instaurado e o seu potencial de danos já era suscitado em diversos meios de comunicação, pois ultrapassado o 14º dia do decreto de medidas de combate à pandemia e mais de um mês do primeiro caso nacional.
>
> Nessa perspectiva, ainda que os autores não pudessem prever o tamanho exato da oscilação da moeda estrangeira em consequência da tragédia global que se apresentava, tinham elementos suficientes para saber que o câmbio e o preço das commodities, incluindo minérios, sofreriam fortíssimas variações, como efetivamente ocorreu, portanto, a pandemia COVID-19 sequer pode ser considerada em relação a esse contrato.
>
> Mais relevante, em relação aos dois contratos, inexiste manifesta desproporção porque a instituição financeira estrangeira cumpre boa parte das suas obrigações em moeda estrangeira, afastando a vantagem excessiva ao credor.
>
> Também, em se tratando de financiamento de exportação, a alegação dos embargantes de que não necessariamente fazem todas as suas operações em dólar a nada se presta, uma vez que a boa administração das finanças pressupõe que a devedora tome créditos para financiar suas operações externas de acordo com a proporcionalidade das vendas em cada espécie de moeda que projeta fazer, honrando as obrigações internacionais independentemente da variação cambial.
>
> Consequentemente, não podem se utilizar de sua falha na projeção de vendas a serem realizadas em dólar para justificar a revisão do contrato com fundamento na teoria da imprevisão.
>
> A oscilação dos preços dos minérios também não enseja a revisão, não só por ser álea inerente ao empreendimento desenvolvido pela devedora, mas também porque é notório que o preço dos minérios se recuperou substancialmente ainda no ano de 2020.
>
> Portanto, descabida a alteração dos termos do contrato em razão de queda nas vendas, sob pena de inaceitável transferência do risco da atividade da devedora para o credor.

Acesso ao Sumário

Ressalta-se que a jurisprudência colacionada na inicial se refere a relações de consumo e não reflete o entendimento atual da corte sobre a revisão de contratos em decorrência de variação cambial.

Além dessas razões, há o óbice do artigo 7º da Lei nº 14.010 de 10 de junho 2020 que se encontra vigente impede a revisão de contratos em decorrência de variações cambiais, excetuadas as relações de consumo."

E, ainda, o parecer ministerial:

"Com efeito, a teoria da imprevisão se encontra submetida à existência de três requisitos: a) que o prejuízo resulte de evento alheio ao comportamento das partes; b) que o evento determinante do prejuízo não seja apenas imprevisto, mas também imprevisível e, c) que o prejuízo resultante para o onerado seja realmente significativo.

Ocorre que a situação de pandemia não constitui, por si só, justificativa para o não pagamento das obrigações constituídas, em que pese se tratar de circunstância que, por seu grave impacto na situação socioeconômica mundial, não pode ser desprezada pelos contratantes, tampouco pelo Poder Judiciário.

E como se nota, no presente caso, apesar do primeiro Contrato de Abertura de Linha de Crédito ter sido celebrado em 2018, por certo que o segundo contrato (Contrato de Abertura de Linha de Crédito para Adiantamento IBFL021202520002) foi firmado em 03/04/2020 e, portanto, no momento em que a pandemia COVID-19 já havia se instaurado e o seu potencial de danos já era esperado.

Por certo que o alegado desequilíbrio contratual nem mesmo se deu em consequência de acontecimentos ulteriores à formação do contrato, que independem da vontade das partes, uma vez que o segundo contrato foi celebrado já por ocasião da pandemia da COVID-19.

Além disso, os apelantes apenas alegam de forma genérica os efeitos negativos da pandemia, mas não demonstram de forma concreta o impacto na relação contratual entabulada entre as partes.

(...)

In casu, não demonstrado que a crise gerada pela pandemia tenha afetado a base jurídica contratual, causando desequilíbrio econômico-financeiro imoderado, não há como reconhecer a ocorrência de caso fortuito ou força maior, a afastar o inadimplemento."

Portanto, ausente os pressupostos da Onerosidade Excessiva em razão da Imprevisão, pois se não se vislumbra alteração na base jurídica contratual, nem desequilíbrio econômico-financeiro desproporcional, não há como se admitir a revisão contratual, nem a extinção da execução.

Também não há excesso de execução em razão dos valores de R$ 8.946.872,15 ou de R$ 2.686.766,20, fruto do fato do Banco- apelado ter emendado a inicial para retificar o valor da causa, eis que utilizou a taxa de conversão para o dia 31/05/2021, quando deveria ter adotado a taxa do dia 11/06/2021 (data da distribuição da execução), o que resultou na redução do débito de R$ 166.503.256,84 para R$ 157.556.384,69.

Acesso ao Sumário

Ademais, sendo a obrigação firmada em moeda estrangeira, a conversão deve ocorrer na data do efetivo pagamento, conforme remansoso entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

> "RECURSO ESPECIAL. CIVIL E COMERCIAL. CONTRATO CELEBRADO EM MOEDA ESTRANGEIRA. ADMISSIBILIDADE DESDE QUE O PAGAMENTO SE EFETIVE PELA CONVERSÃO NA MOEDA NACIONAL. CONVERSÃO. DATA DO PAGAMENTO E NÃO EM DATA ANTERIOR.
> - É válida, no Brasil, a contratação de pagamento em moeda estrangeira, desde que seja feito pela conversão em moeda nacional.
> - A jurisprudência do STJ entende que, em se tratando de obrigação constituída em moeda estrangeira, a sua conversão em moeda nacional deve ocorrer na data do efetivo pagamento e não em data pretérita. Recurso especial provido." (REsp n. 680.543/RJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/11/2006, DJ de 4/12/2006, p. 298)
> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. CDB EM MOEDA ESTRANGEIRA. VALOR DE RESGATE PRÉ-FIXADO. POSSIBILIDADE. CONVERSÃO EM MOEDA NACIONAL PELO CÂMBIO DA DATA DO EFETIVO PAGAMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. REEXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 5/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO." (AgRg no REsp n. 660.170/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 3/9/2013, DJe de 7/2/2014)

Mesmo que ao ajuizar a execução a adoção incorreta da data de conversão tenha ocasionado incorreção no valor da causa, a sua retificação pelo Banco-apelado não importa em reconhecimento de excesso de execução, eis que a conversão da moeda estrangeira para a nacional só se dará no momento do pagamento.

Portanto, o valor da causa em moeda nacional, para fins de alçada, não se confunde com o valor do débito em moeda estrangeira, cujo verdadeiro saldo será apurado no momento da satisfação da obrigação, mediante conversão pela taxa do dia do pagamento.

Do valor da causa

Por fim, andou bem o juízo *a quo* ao retificar de ofício o valor da causa, fixando-o em 157.556.384,69 para a execução e R$ 107.926.1555,89 para os embargos do devedor.

A alegação de que o excesso de execução estaria limitado ao valor de R$ 8.946.872,15 e, portanto, este deveria ser o valor da causa dos embargos do devedor, é pueril.

Da análise dos autos, é patente que os Apelantes, além do excesso de execução, buscaram a extinção da execução e/ou resolução do contrato, mostrando-se acertado o juízo *a quo* ao retificar o valor da causa, tendo em vista o proveito econômico almejado.

Acesso ao Sumário

Sobre o proveito econômico, o juízo *a quo* entendeu que houve reconhecimento parcial da dívida a fls. 12 da petição inicial dos embargos, eis que os Apelantes declararam que a dívida atualizada perfazia o montante de R$ 48.231.855,69 (R$ 157.556.384,69 - R$ 48.231.855,69 = R$ 109.324.529,00).

Portanto, acertada a retificação do valor da causa dos embargos para R$ 109.324.529,00, pois, a despeito dos Apelantes terem suscitado a inépcia da execução, o que em tese refletiria sobre o valor total da execução, deve ser respeitada a vedação à *reformatio in pejus*.

Mesmo que se diga que a pretensão era o reconhecimento do excesso de execução no valor de R$ 8.946.872,15, tal pedido, uma vez esboçada a pretensão de extinção da execução, torna-se subsidiário, logo, prevalece o valor do pedido principal, obviamente o de extinção da execução, nos termos do art. 292, inc. VIII, do CPC.

E, ainda que se tratasse de pedidos alternativos, iria prevalecer como valor da causa o de maior valor, consoante inc. VII do mesmo dispositivo legal.

Neste sentido, os fundamentos da r. sentença:

> "O valor da causa tem que representar o conteúdo econômico da pretensão, e envolve questão de ordem pública, pois serve para definir o procedimento, bem como para nortear o recolhimento das custas.
>
> Assim, pode o juiz, de ofício, determinar sua correção, quando se apresente irregular (RT 498/194 e RF 226/233).
>
> (...)
>
> No caso em apreço o valor atribuído à causa não corresponde à aplicação das normas mencionadas.
>
> Anote-se que o valor a ser atribuído à causa, nas ações de embargos à execução em que se discutem a existência de excesso de execução com a ventilação de pedidos alternativos, o valor da causa deve ser definido a partir do maior valor conforme inciso do artigo 292 do Código de Processo Civil."

Portanto, não há qualquer reparo a ser feito na r. sentença, eis que a execução está fundada em título executivo extrajudicial representativo de obrigação líquida, certa e exigível.

Por fim, sobre o valor dos honorários nos embargos à execução, possível a elevação em grau recursal de 10% para 12% sobre o valor da causa (R$ 109.324.529,00), pois a somatória deste valor com os honorários da execução (10% sobre R$ R$ 157.556.384,69) é inferior ao limite legal de até 20% do valor da execução, consoante art. 827, § 2º, do CPC.

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

Defere-se aos Apelantes o diferimento do preparo recursal para o final da execução, nos termos do art. 5º, inc. IV, da Lei Estadual nº 11.608/2003.

Acesso ao Sumário

Elevam-se os honorários advocatícios para 12% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 827, § 2º, c.c. art. 85, § 11, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001316-10.2022.8.26.0568, da Comarca de São João da Boa Vista, em que são apelantes ODACIR COSTA ELIZIÁRIO e LINDIAS DEDETIZADORA LTDA., IMUNIZAÇÃO E CONTROLE DE PRAGAS URBANAS, é apelado ROBERTO CARVALHO DE MELLO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº SMO 46922)**

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

São Paulo, 20 de agosto de 2024.

SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: LOCAÇÃO Ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança Alegação de inadimplemento dos aluguéis dos meses de dezembro de 2021 e seguintes Ônus dos requeridos de comprovar o pagamento para os meses correspondentes Despesas com aquisição de extintores de incêndio para obter alvará e autorização de funcionamento da atividade empresarial são gastos próprios do empresário Sem comprovação de realização de reparos no imóvel Contrato que previa expressamente a ausência de direito à retenção ou indenização por quaisquer benfeitorias ainda que úteis ou necessárias Imóvel abandonado e pertences retirados pela locatária junto à imobiliária - Requeridos que não se desincumbiram do ônus de comprovar a existência de ajuste entre as partes para permanência no imó-

vel, sem o devido pagamento da respectiva contraprestação Recibos que comprovam apenas o pagamento dos aluguéis dos meses de setembro, outubro e novembro de 2021, que não se referem ao período do inadimplemento e não afastam a mora Honorários advocatícios de sucumbência fixados de forma adequada Demanda procedente Sentença mantida.
Apelação não provida.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por LINDIAS DEDETIZADORA LTDA. e ODACIR COSTA ELIZIÁRIO (fls. 482/487) contra r. sentença de fls. 468/473, proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de São João da Boa Vista, Dr. Danilo Pinheiro Spessatto, que julgou parcialmente procedente a ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança movida por ROBERTO CARVALHO DE MELLO, para decretar a rescisão do contrato de fls. 45/52, deixando de decretar o despejo em razão da desocupação já operada, e condenar os requeridos a pagar para o autor o valor de R$5.368,64, corrigido desde a data da propositura da ação pela Tabela Prática do TJSP e acrescido de juros de mora de 1% ao mês.

Os apelantes salientam que, ao adentrarem o imóvel, constaram irregularidades. Alegam que, após acordo com a imobiliária que intermediou a contratação, adquiriram extintores de incêndio, bem como, realizaram reparos, sendo que os valores devem ser abatidos do valor do aluguel. Afirmam que, no período de dezembro de 2021 a maio de 2022, passaram por dificuldades financeiras, e que o apelado permitiu que efetuassem os pagamentos assim que resolvida a situação. Relatam que, ao retornarem os trabalhos, encontraram o imóvel fechado e seus pertences confiscados pelo apelado, sendo que alguns materiais ainda não foram devolvidos. Postulam o provimento do recurso, com a reforma da sentença e a improcedência da ação, ou, de forma subsidiária, com o abatimento do valor de R$ 806,71 do valor final a ser pago e a redução dos honorários advocatícios para 10% do valor da condenação.

Contrarrazões não apresentadas.

É o relatório.

Recebo o recurso nos efeitos legais.

Não há alegação de intempestividade.

E foi recolhido o preparo.

Preenchidos os pressupostos legais, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

Acesso ao Sumário

Incontroversa a existência de contrato de locação de imóvel comercial entre as partes, pelo prazo de 30 (trinta) meses, iniciando-se em 15/07/21 com término em 15/01/24 (fls. 45/52).

Da avença constava a obrigação de pagamento do aluguel mensal, no valor de R$ 1.080,00, reajustável anualmente, além de encargos da locação, tais como despesas com consumo de água, esgoto, energia elétrica, gás, telefone, iluminação pública condomínio, impostos e taxas, sob pena de incidência de multa de 10%, juros de 1% ao mês e correção monetária na forma da lei.

O apelado acusa o inadimplemento dos aluguéis dos meses de dezembro de 2021 e seguintes, contas de consumo de energia elétrica e água, conforme documentos e planilha de fls. 15/19.

O inadimplemento é incontroverso.

Limitam-se os apelantes a afirmar que adquiriram extintores de incêndio, bem como, realizaram reparos no imóvel, sendo que os valores devem ser abatidos do valor do aluguel.

E a noticiar que, no período de dezembro de 2021 a maio de 2022, passaram por dificuldades financeiras, e que o apelado permitiu que efetuassem os pagamentos assim que resolvida a situação, prontificando-se a abater os valores provenientes da caução e dos reparos. Dizem, ainda, que, ao retornarem para o local, encontraram o imóvel fechado e seus pertences confiscados pelo apelado, sendo que alguns materiais ainda não foram devolvidos.

Não obstante, como constou da r. sentença, *"despesas com aquisição de extintores de incêndio para obter alvará e autorização de funcionamento de sua atividade empresarial (fl. 95) são gastos próprios e não admitem nenhum tipo de compensação."* (fls. 471).

Ainda, da avença consta disposição contratual no sentido de que *"[...] foi concedido quinze dias para a adequação do imóvel (pintura e demais reparos que se fizerem necessários, os quais serão suportados pelo LOCATÁRIO)."* (fls. 45).

E que *"Somente as obras que importam na segurança do imóvel serão executadas pelo LOCADOR. Todas as demais construções, cercas ou muros divisórios, edificações aparelhos sanitários, esgotos, iluminação, pintura, goteiras, telhados, vidraças, fechos, torneiras, pias, banheiro ao tudo em perfeito estado de conservação, higiene e limpeza, sem direito a retenção ou indenização por quaisquer benfeitorias ainda que úteis ou necessárias, as quais ficarão incorporadas ao imóvel desde logo [...]", sendo que "O LOCATÁRIO deverá fornecer ao LOCADOR, mediante protocolo, nos 05 (cinco) primeiros dias de locação, uma relação dos defeitos por ventura encontrados no imóvel ora locado, assim não procedendo, o imóvel será dado como em perfeitas condições de habitação, [...]"* (fls. 49), sem qualquer demonstração nos autos

Acesso ao Sumário

de que esta providência tenha sido adotada pelos apelantes, ou de que outras tenham sido as condições ajustadas entre as partes.

Ressalte-se, ademais, que não há comprovação de realização de reparos nos autos.

Por outro lado, em sua manifestação à contestação, o apelado nega tenha concordado com a permanência dos apelantes no imóvel sem o pagamento da respectiva contraprestação. Informa que os apelantes se comprometeram a entregar as chaves do imóvel, o que não fizeram, tampouco ofereceram propostas de pagamento do débito, deixando o imóvel e seus pertences abandonados.

As fotografias de fls. 156/188 comprovam o estado em que o imóvel foi encontrado. E o recibo de fls. 93, que as apelantes retiraram seus equipamentos e materiais junto à imobiliária, não sendo *"crível que tivesse se mantido inerte, caso arbitrariamente tivesse sido impedida de acessar o imóvel locado."*, como constou da r. sentença (fls. 470).

Era dos apelantes o ônus de comprovar a existência de ajuste entre as partes para permanência no imóvel, sem o devido pagamento da respectiva contraprestação.

E desse ônus não se desincumbiram.

Os recibos de fls. 93 comprovam apenas o pagamento dos aluguéis dos meses de setembro, outubro e novembro de 2021, que, como mais uma vez constou da r. sentença, *"não se referem ao período do inadimplemento e não afastam a mora."* (fls. 471).

Nesse contexto, nenhum reparo merece a r. sentença que julgou parcialmente procedente a ação.

Por fim, os honorários advocatícios de sucumbência foram fixados de forma adequada, considerados os critérios listados pelo §2º do artigo 85 do Código de Processo Civil, e o valor da condenação.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Os honorários advocatícios de sucumbência foram fixados no máximo legal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005275-30.2024.8.26.0079, da Comarca de Botucatu, em que é apelante JOSÉ JOAQUIM TITTON RANZANI, é apelado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE BOTUCATU/SP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

Acesso ao Sumário

Não conheceram do recurso e determinaram a remessa dos autos para redistribuição. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.122)**

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

São Paulo, 22 de agosto de 2024.

ADILSON DE ARAUJO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. COMPETÊNCIA RECURSAL. PROCEDIMENTO ESPECIAL. ALVARÁ JUDICIAL. PEDIDO VISANDO A TRANSFERÊNCIA DE VEÍCULO QUE SE ENCONTRA EM NOME DE FALECIDO. DIREITO SUCESSÓRIO. MATÉRIA AFETA À PRIMEIRA SUBSEÇÃO DE DIREITO PRIVADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, I.10 DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013 COM A REDAÇÃO INTRODUZIDA PELA RESOLUÇÃO 693/2015. REDISTRIBUIÇÃO DETERMINADA. ***No caso, formula o apelante pedido para transferência de veículo em nome de falecido, aduzindo ser seu herdeiro e haver concordância dos demais coerdeiros. O pedido envolve direito sucessório, matéria que de acordo com o artigo 5º, I.10 da Resolução nº 623/20131, é de competência preferencial da Primeira Subseção de Direito Privado, devendo o presente recurso ser redistribuído.***

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de procedimento de jurisdição voluntária, nominado de alvará judicial, proposto por **JOSÉ JOAQUIM TITTON RANZANI** para transferência do veículo descrito na petição inicial, na condição de herdeiro de **JOAQUIM RANZANI**, já falecido.

O ilustre Magistrado a quo, pela respeitável sentença de fls. 319/21, entendendo a parte autora carecedora de ação, julgou extinto o processo com fundamento nos arts. 485, incisos I e VI, c.c. artigo 330, inciso III, do Código de Processo Civil (CPC).

Inconformado, apela o autor pela reforma da sentença alegan-

do, em síntese, que o veículo GM/OPALA ESPECIAL ano 1969, Renavam 375795251, placas CTD-1969, encontra-se em sua posse desde o falecimento de seu genitor em 19/1/1993, estando avaliado em R$ 5.000,00, a anuência dos coerdeiros. Diz que o caso não se enquadra no previsto no art. 666 do CPC, entendendo o recorrente desnecessário o arrolamento. Traz julgados deste Tribunal de Justiça bandeirante que afirma corroborar a possibilidade processual por si defendida. Requer o provimento do recurso, com expedição do alvará.

É o relatório.

Cuida-se de procedimento de jurisdição voluntária (pedido de alvará judicial) por meio do qual pretendem os autores que lhes sejam concedido alvará para transferência da propriedade do veículo GM/OPALA ESPECIAL ano 1969, Renavam 375795251, placas CTD-1969, aduzindo ser herdeiro do titular do bem, seu genitor, que se trata de único bem e de pequeno valor, estando em posse do veículo desde o falecimento e havendo concordância dos demais herdeiros.

Da análise dos termos da petição inicial, constata- se que se funda o pedido em direito sucessório.

De acordo com o artigo 5º, I.10 da Resolução nº 623/20131, a Primeira Subseção de Direito Privado tem competência preferencial para o julgamento de matéria relacionada à direito sucessório.

Ademais, em situações assemelhadas, outro não foi o entendimento das câmaras integrantes desse Tribunal de Justiça para a apreciação da questão. Neste sentido:

> "COMPETÊNCIA RECURSAL - ALVARÁ JUDICIAL. PROCEDIMENTO VOLUNTÁRIO PARA TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE DE BEM MÓVEL. CAUSA DE PEDIR FUNDADA EM DIREITO SUCESSÓRIO. VERIFICAÇÃO DE QUE O RECURSO DEVE SER SUBMETIDO À APRECIAÇÃO DE UMA DAS C. CÂMARAS INTEGRANTES DA SUBSEÇÃO DE DIREITO PRIVADO I DESTA CORTE, NOS TERMOS DO ARTIGO 5º, INCISO I, ITENS I.10 E I.13, DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013. NÃO CONHECIMENTO. Recurso de apelação não conhecido, com determinação de redistribuição." (Apelação Cível nº 1004965-31.2022.8.26.0358; Rel. Des. Cristina Zucchi; 34ª Câmara de Direito Privado; j. 6/3/2023).
>
> "COMPETÊNCIA Procedimento de jurisdição voluntária Expedição de alvará para transferência de veículo independentemente de inventário Competência preferencial de uma das Câmaras compreendidas entre a 1ª e a 10ª Câmaras da Seção de Direito Privado deste Egrégio Tribunal Inteligência da Resolução nº 623/2013 do Órgão Especial. Apelação não conhecida, com determinação de redistribuição." (Apelação Cível nº 1006457- 97.2022.8.26.0248; Rel. Des. Sá Moreira de Oliveira; 33ª

Acesso ao Sumário

Câmara de Direito Privado; j. 17/1/2023).

"EMENTA: APELAÇÃO COMPETÊNCIA RECURSAL - ALVARÁ JUDICIAL QUE VISA A TRANSFERÊNCIA DO VEÍCULO NO DETRAN VEÍCULO EM NOME DE PESSOA FALECIDA COMPETÊNCIA PREFERENCIAL ATRIBUÍDA À PRIMEIRA SUBSEÇÃO DE DIREITO PRIVADO INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, I.13, DA RESOLUÇÃO 623/13 RECURSO NÃO CONHECIDO E DETERMINADA A REDISTRIBUIÇÃO." (Apelação Cível nº 1003875-42.2021.8.26.0319; Rel. Des. Cesar Luiz de Almeida; 28ª Câmara de Direito Privado; j. 18/4/2022).

"COMPETÊNCIA RECURSAL. PLEITO DE EXPEDIÇAO DE ALVARÁ JUDICIAL PARA TRANSFERÊNCIA DO VEÍCULO EM NOME DO FALECIDO. MATÉRIA INERENTE À COMPETÊNCIA DAS 1ª A 10ª CÂMARAS DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO. NÃO CONHECIMENTO E DETERMINAÇÃO DE REMESSA. Tratando-se de matéria estranha ao âmbito de competência desta Câmara, impossível se mostra o conhecimento do recurso, em virtude da incompetência absoluta." (Agravo de Instrumento 2164979-52.2017.8.26.0000; Rel. Des. Antonio Rigolin; j. 3/10/2017).

Ante o exposto, pelo meu voto, não conheço o recurso interposto e determino a sua redistribuição a uma das Câmaras que compõem a Subseção de Direito Privado I deste Tribunal de Justiça, competentes para seu julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002741-41.2021.8.26.0428, da Comarca de Paulínia, em que é apelante ZILDA NEIDE SILVEIRA, é apelado CAIXA SEGURADORA S/A.

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 57403)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOURÃO NETO (Presidente) e FLAVIO ABRAMOVICI.

São Paulo, 23 de agosto de 2024.

MELO BUENO, Relator

Ementa: SEGURO DE VIDA AÇÃO DE COBRANÇA C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E RESTITUIÇÃO DE

VALORES PAGOS Julgamento "extra petita" Inocorrência Ausência de pedido de rescisão contratual Acolhimento do pedido de indenização securitária - Abatimento das parcelas do prêmio inadimplidas Possibilidade Danos morais caracterizados Indenização criteriosa - Ação parcialmente procedente - Recurso desprovido.

VOTO

Apelação interposta contra a r. sentença de fls. 490/493, que julgou parcialmente procedente a ação de cobrança c.c. indenização por danos morais e restituição de valores pagos, fundada em seguro de vida. A apelante sustenta, em síntese, sentença ***"extra petita"***; ausência de pedido de compensação entre o valor da indenização e as mensalidades em aberto; foi pleiteada a rescisão contratual; impossibilidade de manutenção do contrato e pagamento das parcelas do prêmio; majoração dos danos morais (fls. 496/499).

O recurso foi processado e com resposta a fls. 503/518. Indeferido o pedido de concessão do benefício da justiça gratuita formulado pela apelante na inicial e, determinado o recolhimento do preparo do recurso, no prazo de cinco dias, sob pena de não conhecimento (fls. 522), a apelante cumpriu a determinação (fls. 526/527).

É o relatório.

A presente ação foi proposta visando haver indenização prevista no contrato de *"Seguro de Vida Multipremiado"* (R$20.000,00) firmado entre as partes, bem como indenização por danos morais estimados em R$5.000,00 e a restituição das parcelas do prêmio pagas desde a data do evento danoso. A apelante alega que é segurada da apelada desde o ano 2000 e que, em 27/04/2020, sofreu um acidente vascular cerebral que acarretou na incapacidade laboral. Aduz que requereu administrativamente o pagamento da indenização, que foi negado pela apelada sob a justificativa de doença preexistente. Por isso, pretende o recebimento da indenização securitária e a restituição das parcelas do prêmio pagas desde o evento danoso, além da indenização por danos morais, dado o transtorno sofrido pela injusta negativa da apelada. À causa foi atribuído o valor de R$25.000,00.

E, nos termos da r. sentença recorrida, a ação foi julgada parcialmente procedente para, revogando a tutela de urgência anteriormente deferida, condenar a ré a: **"(a) pagar à autora o valor da indenização securitária pelo evento danoso, nos termos da apólice, obervados os encargos moratórios nos termos da fundamentação; (b) pagar à autora o valor de R$5.0000,00, a título de compensação moral contratual, montante a ser corrigido (atuali-**

Acesso ao Sumário

zado monetariamente) pela Tabela Prática deste Egrégio Tribunal de Justiça a partir do arbitramento (Súmula nº 362/STJ) e com incidência de juros moratórios de 1% (art. 406 CC c/c art. 161, § 1º, CTN c/c Enunciado nº 20 JDC) ao mês desde a citação (STJ, AgRg no Ag 1194880/CE, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 04/02/2014).”. Em razão da sucumbência preponderante, deverá a ré arcar com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

Com efeito, incontroversa a injusta negativa da apelada ao pagamento da indenização securitária em favor da apelante, bem como os danos morais suportados pela segurada, reportando-se as razões recursais quanto à impossibilidade de compensação dos valores do prêmio inadimplidos e à majoração da indenização pelos danos morais.

Não subsiste o alegado julgamento ***“extra petita”***, na medida em que, da leitura da petição inicial, verifica-se que a apelante não requereu a rescisão do contrato de seguro, mas tão somente o recebimento da indenização securitária, danos morais e a restituição das parcelas do prêmio pagas a partir do evento danoso. Portanto, não há que se falar em rescisão do contrato de seguro celebrado entre as partes, que deverá vigorar até o seu termo final.

No que concerne à compensação das parcelas do prêmio inadimplidas pela apelante, uma vez que o contrato não foi rescindido, elas devem ser abatidas do montante da indenização, sob pena de enriquecimento indevido da apelante, como bem pontuou o d. magistrado de primeiro grau, nos seguintes termos: **“Restituição das mensalidades do seguro de vida. Ausência de pedido de rescisão contratual. Impossibilidade. Por outro lado, ausente pedido de rescisão contratual, a parte autora permanece como segurada para as demais hipóteses de cobertura, de modo que, nada obstante o atraso no pagamento da indenização para o sinistro em questão, é legítima a cobrança das mensalidades para permanência da cobertura, sem prejuízo de futuro pleito de recisão.**

Anoto, ainda, que o montante condenatório em detrimento da parte ré será compensado com o crédito das mensalidades em aberto (art. 368 CC).”

Nesse sentido, o entendimento desta c. Corte:

“Ação de cobrança de indenização securitária - Sentença de procedência - Apelo da ré - Seguradora ré que tentou debitar a prestação mensal, por meio de débito automático em conta bancária, rejeitada por insuficiência de fundos - Negativa da seguradora em pagar a indenização securitária sob a alegação de que o segurado estava em mora com o pagamento das parcelas do prêmio, resultando no can-

Acesso ao Sumário

celamento da apólice - Impossibilidade - Ausência de notificação extrajudicial dando conta da falta de pagamento do prêmio - Contrato que deve ser interpretados à luz do critério teleológico, viabilizando, sempre que possível, seu integral cumprimento e maximizando, em última análise, o princípio da dignidade da pessoa humana, em atenção às expectativas depositadas pelos contratantes quando da celebração da avença. Relação estabelecida entre segurado e seguradora é de consumo - Possibilidade de pagamento da indenização securitária mediante a compensação do prêmio devido, como já assentado em iterativa jurisprudência, inclusive desta C. Câmara Recurso parcialmente provido."[1]

Por fim, a indenização por danos morais afigura- se criteriosa, eis que razoável e proporcional, a indenização fixada em primeiro grau, R$5.000,00 (cinco mil reais), de modo a reparar a ofensa à esfera extrapatrimonial da apelante, além de se ater às peculiaridades do caso concreto, não comportando majoração.

Deste modo, a r. sentença recorrida não comporta modificação, cuja manutenção pelos próprios fundamentos é medida que se impõe.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1012927-69.2023.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes MARIA DA GLÓRIA MONTEIRO ALCÂNTARA (INVENTARIANTE) e CELSO SIMÕES VINHAS (ESPÓLIO), é apelado COMPANHIA ULTRAGAZ S.A..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.868)**

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

São Paulo, 15 de agosto de 2024.

ANTONIO NASCIMENTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA -

1 Ap. 1038350-34.2018.8.26.0576, Rel. Des. NETO BARBOSA FERREIRA, 29ª C., j. em 28/01/2022.

Acesso ao Sumário

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE GÁS - RECONVENÇÃO. Contrato de prestação de serviços. Natureza pessoal da obrigação. Extinção com a morte do usuário. Rescisão imotivada do contrato. Incidência da multa pactuada para a hipótese de término antecipado da avença. Aplicação dos arts. 395, § único, 410 e 413 do Cód. Civil. Justa solução da controvérsia a ser conseguida com o emprego da equidade. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuidam os autos de **ação declaratória de inexistência de dívida** proposta por **Maria da Glória Monteiro Alcântara (Inventariante) e Celso Simões Vinhas (Espólio)** contra **Companhia Ultragaz S/A**, em cujos lindes foi prolatada a r. sentença de fls. 489/492 que assim dirimiu a controvérsia:

"Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos iniciais.

Arcará a parte autora com as custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios em favor do patrono da parte requerida, no importe de 10% do valor atualizado da causa.

JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados na reconvenção, para condenar a autora-reconvinda ao pagamento de R$ 3.990,00, atualizados segundo a Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo, acrescidos de juros de mora a partir de 20 de março de 2018.

Tendo em vista a sucumbência operada, as partes dividirão igualmente as custas e as despesas processuais. Arcará a autora reconvinda com os honorários advocatícios em favor do patrono da parte requerida, fixados em 10% do valor da condenação. Arcará a ré-reconvinte com honorários em favor da parte autora calculados em 10% do valor pretendido (R$ 7.104,50) e o valor obtido (R$ 3.990,00), tudo atualizado."

Irresignados com o desfecho dado à controvérsia, os autores -reconvindos interpuseram, a fls. 499/520, recurso de apelação. Ao arrazoá-lo, aduzem que não há se falar na incidência de cláusula penal para a hipótese dos autos, eis que houve a rescisão motivada do contrato, a qual foi dada causa pela acionada. Assinalam que o contrato com a requerida vigora ao menos desde o

ano der 2001 e que apenas não foi renovado em razão das condições mais gravosas oferecidas pela ré, sob fundamento da necessidade de alteração cadastral. Afirmam que foram induzidos a erro quando da repactuação, acreditando que se tratava somente de mera atualização da titularidade dos serviços.

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos legais para sua admissibilidade. Contrarrazões a fls. 529/534.

É o relatório.

Cuidam os autos de **ação declaratória** de inexistência de **cláusula penal** decorrente de contrato de prestação de serviços fornecimento de gás GLP. Aduzem os autores, síntese, que Celso Simões Vinhas firmou, em 21/08/2001, contrato de "compra e v venda de gás liquefeito de petróleo - GLP" com a ré. Entretanto, com falecimento de Celso, foi necessária a transferência de titularidade do contrato, ocasião na qual a requerida, segundo afirma a autora, emitiu um novo contrato, com quantidades mínimas de consumo e multas mais gravosas, que não existiam na contratação inicial. Destaca que não houve alteração na instalação nem incremento de tecnologia a justificar a alteração. Em 2021, a COMGÁS ofereceu os serviços de fornecimento de gás encanado. Manifestado o desinteresse no prosseguimento da contratação, a ré exigiu indenização e multa por resilição antecipada, no valor total de R$ 8.839,60, justificando na existência de uma carência mínima de 60 meses. Refutou a necessidade de cumprimento de carência, uma vez que a contratação originária já vigorava por prazo indeterminado. Apesar das tentativas, a autora não logrou obter uma cópia do contrato. Ademais, a ré incluiu os dados da autora em órgão de proteção ao crédito. Requereu tutela provisória a fim de que fossem suspensos os efeitos da inscrição dos dados da autora nos órgãos de proteção ao crédito e, ao final, a procedência dos pedidos para determinar que a ré exiba o contrato e, após, fosse a avença declarada nula ou, ainda, as das cláusulas que estabelecem o pagamento de indenização e multa, além de declarar a inexigibilidade do débito e condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 8.000,00.

A r. sentença afastou a pretensão inaugural, reconhecendo a existência de novo contrato firmado entre as partes, acolhendo, por conseguinte, em parte a pretensão reconvencional.

E é de se convir que foi dada a acertada solução à controvérsia.

Com efeito, o princípio da liberdade de contratar deve ser exercido de acordo com a função social do contrato, conforme preconiza o art. 421 do Cód. Civil. Mas também tem o condão de vincular as partes que o celebram (princípio pacta sunt servanda). E, nos contratos bilaterais, cada parte tem direito de exigir que a outra cumpra sua parcela na avença. É característica ínsita ao sinalagma presente nesse negócio. O fundamento desse princípio repousa no justo equilíbrio das partes no cumprimento do contrato, fundamentalmente em

Acesso ao Sumário

razão da equidade[2]. É uma aplicação decorrente do princípio da boa-fé que deve reger os contratos (art. 422 do Cód. Civil).

Como é cediço, a fruição dos serviços de gás configura dívida de consumo, por isso, obrigação pessoal; não se trata de obrigação *"propter rem"*.

Os débitos em questão, exigíveis em forma de tarifa, só podem ser cobrados daquele que efetivamente utilizou o serviço, isto é, do real usuário. Em outras palavras, a obrigação decorre da existência do vínculo obrigacional estabelecido entre a concessionária do serviço público e o efetivo consumidor, de sorte que o recorrido não pode ser responsabilizado pelo pagamento de dívida relativa a serviço do qual não se beneficiaram.

Por conseguinte, em ocorrendo o falecimento do usuário dos serviços, o corolário lógico é a extinção do contrato, a teor do que preconiza o art. 607 do Cód. Civil.

Logo, a contratação em nome da coautora implicou a novação da obrigação, por alteração subjetiva.

É certo, também, que a lei prevê a possibilidade de a parte interessada resilir o negócio. A resilição contratual[3] é um direito potestativo de não mais continuar vinculado à avença, uma vez que ninguém é obrigado a permanecer no vínculo contratual indefinidamente, ou até que seja constituído em mora pela parte contrária. Mas, logicamente, o término prematuro do contrato poderá implicar a incidência de alguma sanção prevista no instrumento firmado, ou, na sua omissão, nas disposições legais.

Essas ponderações teóricas se fazem necessárias, a fim de se pontuar a relação de direito material firmada entre os protagonistas do processo, e concluir que se passível de rescisão o ajuste de vontades, com a incidência de multa cominatória.

A cláusula penal tem o escopo de determinar, previamente, o valor das perdas e danos decorrentes da inexecução culposa do contrato, isto é, representa prefixação de indenização em razão de descumprimento de obrigação contratual. E, nos termos dos arts. 408 e 409, do Cód. Civil, uma vez que existiu infração contratual, decorrente da resilição antecipada e imotivada do contrato, é perfeitamente aceitável a cobrança da multa por infração contratual.

Nesse sentido, aliás, a lição de Maria Helena Diniz, para quem: *"A cláusula penal é um pacto acessório pelo qual as próprias partes contraentes estipulam, de antemão, pena pecuniária ou não contra a parte infringente da obrigação, como consequência de sua inexecução culposa ou de seu retardamento, fixando,*

Acesso ao Sumário

2 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Vol. 2 Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.* 13ª edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2013, p. 416/417.

3 Cód. Civil, art. 473.

assim, o valor das perdas e danos e garantindo o exato cumprimento da obrigação principal".[4]

Com efeito, não há se confundir inadimplemento parcial com inexecução absoluta do contrato. Do primeiro decorre a incidência dos consectários moratórios. Da segunda resulta a aplicação da cláusula penal, nos termos do art. 410 do Cód. Civil *(quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor).*

E o critério utilizado pelo legislador para a distinção dessas espécies de inadimplemento é a utilidade, consoante preconizado no parágrafo único do art. 395 do Cód. Civil.[5]

No caso em contrato, a cláusula 7.2 do contrato firmado entre os protagonistas do processo prevê a cobrança da multa, considerando-se o tempo do contrato e aquele a ser cumprido, a quantidade anual estimada (no patamar de 50%), o preço à época da rescisão (fls. 33).

Logo, ainda que a rescisão tenha se operado já no contrato renovado, é inegável a incidência da multa, observando-se o tempo que restava a ser cumprido.

Sem prejuízo, o art. 413 do Cód. Civil é norma de natureza cogente, que determina ao juiz, com base na equidade, intervir no contrato, reduzindo o valor convencionado, quando verificado que a cláusula se mostra excessiva, observadas a natureza e finalidade do negócio jurídico.

Nessa direção, confira-se o que lecionam **Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes:**

"Com a evolução dos princípios fundamentais do regime contratual, especialmente a partir da CF, doutrina e jurisprudência foram progressivamente alterando a interpretação do art. 924 do CC de 1916, passando a considerá-lo imperativo, ou seja, insuscetível de ser afastado pela vontade das partes, ou pelo magistrado, a quem se tornou impositivo-e não mais apenas facultativo a utilização do critério da proporcionalidade (Gustavo Tepedino, Efeitos da crise econômica, pp. 104-105) (...).

Afora esta inovação, cabe registrar que, tratando-se de cláusula penal compensatória, a jurisprudência tem reduzido seu montante mesmo nas hipóteses em que não se prevê a perda total das prestações, mas, que, por vezes, estabelece um percentual tão elevado que a consequência seria praticamente a mesma".[6]

4 DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 2ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1996, p. 679.

5 Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.
Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

6 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código**

Acesso ao Sumário

Ainda nessa direção, segue a ementa de julgado deste E. Sodalício:

> "APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. Inadimplemento culposo. Previsão contratual de cumulação de multa moratória com cláusula penal compensatória. Finalidades distintas. Possibilidade. Precedentes. ***Percentual da multa compensatória que, todavia, se mostra excessivo. Necessidade de redução judicial, de ofício Inteligência do art. 413 do Código Civil. Precedentes.*** Contrato parcialmente adimplido. Natureza do negócio a indicar que os danos decorrentes da inexecução parcial não são de grande monta. APELO PROVIDO COM OBSERVAÇÃO".[7]

Nessa ordem ideias, à luz das regras da boa-fé contratual, considerando-se que o contrato se evolveu por apenas 1/20 avos (5%) do total de meses, que deverão incidir sobre os cálculos indicados na cláusula 8.1., revelou-se justa e adequada à hipótese dos autos a solução encontrada pela r. sentença.

Incide, na espécie, o art. 85, § 11, do CPC, para majorar a verba honorária sucumbencial em 10% sobre os valores arbitrados na origem.

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

Acesso ao Sumário

civil interpretado conforme a constituição da república. V. I, 2 ed. Renovar, 2011, pp: 758-759.

7 TJSP 27ª Câmara de Direito Privado Apelação nº 1006618-85.2014.8.26.0152 Rel. Des. **Azuma Nishi** J. 17/11/2015.

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Ação Rescisória nº 2148098-58.2021.8.26.0000, da Comarca de São Sebastião, em que é autor ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PETROBRÁS TRANSPORTES S/A - TRANSPETRO, HELENO TAVEIRA TORRES, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, MARIA CAROLINA GOMES PEREIRA VILAS BOAS e ALESSANDRA DE SOUZA OKUMA.

ACORDAM, em 5º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram improcedente a ação rescisória. V.U. Sustentou oralmente o Dr. José Rogério Cruz e Tucci.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.507)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TERESA RAMOS MARQUES (Presidente), OSCILD DE LIMA JÚNIOR, JARBAS GOMES, AROLDO VIOTTI, PAULO GALIZIA, AFONSO FARO JR. e RICARDO DIP.

São Paulo, 5 de agosto de 2024.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA – Embargos à execução fiscal – Honorários de advogado – Condenação da Fazenda – Manifesta violação de norma jurídica (art. 20, § 4º do CPC/1973) – Ofensa à equidade – Utilização da ação rescisória como sucedâneo recursal – Impossibilidade:

– "A análise da violação a dispositivo literal de lei, para o fim de rescisão do julgado, requer exame minucioso do julgador, em respeito à estabilidade das relações jurídicas acobertadas pela coisa julgada, visando à preservação da efetividade das decisões jurisdicionais e à paz social. Com efeito, a Ação Rescisória não pode ser utilizada como sucedâneo de recurso, tendo lugar apenas nos casos em que a transgressão à lei é flagrante" (STJ, AR n. 3.996/SC, Primeira Seção).

– Rescisória improcedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO

1. O *Estado de São Paulo* pretende, com fundamento no art. 966, inciso V, par. 3º, do Código de Processo Civil ("*violar manifestamente norma jurídica*"), a rescisão do capítulo da sentença, mantida em acórdão da 11ª Câmara de Direito Público, referente à fixação dos honorários advocatícios a que condenado no bojo dos Embargos à Execução Fiscal nº 0006497-35.2011.8.26.0587, transitado em julgado em 26.2.21.

Alega que em 23.9.11 o valor da execução alcançava o montante de R$ 81.437.611,18, mesmo valor atribuído aos embargos à execução opostos em 6.9.11. A fixação dos honorários em 10% do valor do débito exequendo desconsiderou a regra do par.4º do art. 20 do Código de Processo Civil, vigente quando da prolação da sentença, marco temporal para aplicação das regras fixadas pelo Código de Processo Civil de 2015. Aduz que a jurisprudência deste Tribunal de Justiça vem admitindo o ajuizamento de ação rescisória nas hipóteses de inobservância do critério da equidade previsto pelo art. 20, par.4º, do Código de Processo Civil de 1973. Na hipótese, os honorários alcançam o montante de R$ 12.493.378,34. Houve inobservância da equidade, a implicar enriquecimento desproporcional. Não se discute interpretação controvertida de texto de lei ou a má aplicação do critério da equidade e sim a própria ausência do juízo da equidade na fixação desses honorários, o que não foi sanado, ainda que esgotada a via recursal. O próprio réu *José Rogério Tucci* leciona que a fixação dos honorários deve ter como parâmetro o princípio da razoabilidade para evitar que a fixação implique injustificado enriquecimento do advogado em detrimento do vencido. O valor de mais de 12 milhões a título de honorários é exagerado e desproporcional. A questão é predominantemente de direito e, embora seja uma causa trabalhosa para a elaboração da tese, uma vez elaborada, ela pode e foi adaptada em outros processos, o que sem dúvida deve ser considerado no arbitramento dos honorários. Necessária a concessão da tutela antecipada, pois os réus *Heleno Taveira* e *José Rogério Cruz e Tucci* ajuizaram cumprimento de sentença (autos nº 1002099-81.2018.8.26.0587) cobrando a metade dos honorários fixados, ou seja, R$ 6.246.689,17. No caso concreto, há risco de dano irreparável na continuidade do cumprimento de sentença, vez que a execução de honorários nesse patamar acabará causando danos direto ao Erário, sendo patente o *periculum in mora* reverso. Também há risco iminente de ser proposto novo pedido de cumprimento de sentença dos 50% restantes, por parte dos demais patronos da Transpetro. O *fumus boni iuris* está evidenciado pela omissão de adoção do critério de equidade quando da fixação dos honorários advocatícios. Pede a concessão da tutela de urgência para suspender o andamento do processo de cumprimento de sentença (autos nº 1002099-81.2018.8.26.0587), bem como de eventual pedido relativo à metade dos honorários restantes pela ré *Petrobrás*

Acesso ao Sumário

Transporte S/A - Transpetro e, ao final, seja rescindida exclusivamente a parte da decisão que fixou a verba honorária em 10% do valor exequendo, devendo, em juízo rescisório, ser arbitrado um valor de honorários advocatícios em consonância com o critério de equidade previsto no par. 4º do art. 20 do Código de Processo Civil vigente à época da sentença (fls. 1/17).

Foi deferida a tutela provisória de urgência para suspender o andamento do cumprimento de sentença nº 1002099-81.2018.8.26.0587 até o julgamento do mérito da presente ação (fl. 932). A decisão foi mantida no agravo interno (final 50000), interposto por *Heleno Taveira Tôrres* (fls. 1940/1953).

Houve emenda à inicial para inclusão no polo passivo de *Maria Carolina Gomes Pereira Vilas Boas* e *Alessandra de Souza Okuma* (fls. 939/940 e 955).

Apresentaram contestação:

Heleno Taveira Tôrres (fls. 958/1016); alega (i) o descabimento da ação rescisória para rever matéria preclusa. O Estado de São Paulo, deliberadamente, não se insurgiu contra a condenação ao pagamento de honorários advocatícios de 10% sobre o valor do crédito exequendo, deixando com que a matéria precluísse no âmbito dos embargos à execução. Não se trata de falha na prestação jurisdicional por suposto não exercício do juízo de equidade pelo juiz de Primeiro Grau (art. 20, par.4º, do Código de Processo Civil/73) e sim do ajuizamento de ação rescisória para a visitação de tema completamente adverso ao processo originário, eis que nos embargos à execução não houve qualquer insurgência do Estado quanto aos parâmetros adotados na sentença para fixação dos honorários, confirmados por este Tribunal de Justiça. Houve recurso voluntário sem qualquer impugnação aos honorários e, quando da interposição dos recursos extraordinário e especial, o Estado de São Paulo, novamente, quedou-se silente quanto aos honorários advocatícios. Somente quando intimando a pagar em cumprimento de sentença, o Estado impugnou os honorários; (ii) consolidada a coisa julgada material, título executivo judicial (sentença) para a cobrança dos honorários advocatícios, o processo de execução não comporta a revisão dos parâmetros empregados para arbitramento do quanto devido; (iii) não se verifica vícios de rescindibilidade e sim irresignação do Estado de São Paulo, com sua própria atuação nos embargos à execução, ao deixar de impugnar a sucumbência sofrida. Pacífica também a jurisprudência quanto à inadequação do emprego da ação rescisória como sucedâneo recursal, com julgados inclusive deste 5º Grupo de Câmaras e desta Relatora; (iv) o juízo de equidade é sempre um juízo discricionário. Diante a subjetividade e discricionariedade que vinculam o juízo equitativo do juiz, não há como se aferir a suposta ausência de apreciação equitativa pela sentença ao arbitrar os honorários advocatícios em 10% do valor do débito exequendo; (v) o Supremo Tribunal Federal tem entendimento sumulado quanto ao descabimento da ação rescisória contra dispositivo legal que tenha interpretação controvertida (Súmula 343). O Superior Tribunal de Justiça, igualmente,

Acesso ao Sumário

não admite ação rescisória para contestar interpretações diversas de um mesmo dispositivo legal; (vi) a admissão da presente ação rescisória retirará de classe dos advogados a segurança, confiança e legítima expectativa quanto ao recebimento dos honorários advocatícios estabelecidos por decisão judicial, os quais são direito e prerrogativa da profissão; (vii) a fixação dos honorários em 10% do valor do débito exequendo está em plena conformidade, proporcionalidade e razoabilidade com a atuação dos patronos da TRANSPETRO nos embargos à execução fiscal, revelando a apreciação equitativa do juiz no seu arbitramento. A fixação de sucumbência em valores irrisórios apenas porque será suportada pela Fazenda Pública não atende ao juízo de equidade. Mesmo nas sucumbências suportadas pela Fazenda Pública, os honorários advocatícios devem refletir a justa remuneração ao patrono vencedor. O ajuizamento de demandas repetitivas, cujo desfecho (desfavorável) já se conhece não traz qualquer benefício à coletividade, mas, ao contrário, acarreta apenas o desperdício de recursos humanos e financeiros do Poder Público; (viii) a imposição dos ônus da sucumbência no caso de procedência da presente ação causará preocupante insegurança jurídica para a Advocacia como um todo no que toca ao exercício de uma das prerrogativas da função, que é precisamente o recebimento dos honorários sucumbenciais (art. 22 da Lei Federal nº 8.906/04). Pede a extinção da ação sem julgamento do mérito e, caso conhecida, a improcedência do pedido mantendo-se incólume a coisa julgamento material formada nos embargos à execução fiscal nº 0006497-35.2011.8.26.0587 e, se julgada procedente, não lhe sejam impostos os ônus da sucumbência. Reitera a oposição ao julgamento virtual.

Alessandra de Souza Okuma (fls. 1980/1989), sustentando ilegitimidade de parte. Foi constituída como procuradora da TRANSPETRO, em conjunto com *Heleno Taveira Tôrres*, ambos do mesmo escritório, por substabelecimento outorgado pela sem reservas em 7.11.11, pela advogada *Maria Carolina Gomes Pereira Vilas Boas*. Foi sócia do escritório *Heleno Tôrres Advogados Associados* de 2007 a 2018 e durante esse período atuou como advogada da TRANSPETRO nos autos do processo administrativo AIIM nº 3.083.668-2/2007, na Execução Fiscal 0005019-89.2011.8.26.0587 e nos Embargos à Execução Fiscal nº 0006497- 35.2011.8.26.0587. O art. 15, par.3º, do Estatuto da OAB autoriza que os honorários sejam levantados pela sociedade *Heleno Tôrres Advogados Associados*, da qual faz parte. Os honorários transitados em julgado pertencem à sociedade de advogados, em nome de quem será expedido futuro precatório cujo crédito, por sua vez, será partilhado entre os advogados que atuaram na causa à época. Está em tratativa para partilha amigável dos honorários e, frise-se, parte legítima para executar os honorários fixados é a sociedade *Heleno Tôrres Advogados Associados*. No mérito, a controvérsia é objeto do Tema 1.076/STJ razão pela qual junta Parecer lavrado pelo Prof. Ives Gandra da Silva Martins, Igor Mauler Santiago e Marcelo Magalhães Peixoto. Reitera os termos da contesta-

Acesso ao Sumário

ção de *Heleno Taveira Tôrres*. Pede seja declarada sua ilegitimidade de parte e, no mérito, a improcedência da ação.

Maria Carolina Gomes Pereira Vilas Boas (fls. 2109/21131), alegando ilegitimidade de parte com fundamentos nos mesmos argumentos jurídicos deduzidos pela ré *Alessandra de Souza Okuma.* A Fazenda teve diversas oportunidades de se insurgir contra a verba honorária, mas quedou-se inerte, operando-se a preclusão consumativa (art. 473 do Código de Processo Civil/73 e art. 507 do Código de Processo Civil/15). Não estão presentes quaisquer das hipóteses que legitimam o ajuizamento de ação rescisória. A Fazenda não tem interesse de agir, utilizando a rescisória como sucedâneo recursal, o que é vedado pelo ordenamento jurídico. No mérito, a controvérsia é objeto do Tema 1.076/STJ razão pela qual junta Parecer lavrado pelo Prof. Ives Gandra da Silva Martins, Igor Mauler Santiago e Marcelo Magalhães Peixoto. A proteção ao erário já é garantida pelo Código de Processo Civil que prevê faixas escalonas para arbitramento dos honorários. A alegação de enriquecimento sem causa não aparece quando o contribuinte que arca com a sucumbência. Os honorários podem até mesmo não pertencer ao advogado e sim ser por este repassado ao cliente. Reitera os termos da contestação de *Heleno Taveira Tôrres.* Pede seja declarada sua ilegitimidade de parte e, no mérito, a improcedência da ação (fls. 2109/21131).

José Rogério Cruz e Tucci (fls. 2234/2263), aduzindo decadência porque a Fazenda jamais questionou o arbitramento dos honorários, logo, capítulo da sentença atinente à sucumbência transitou em julgado em 29.8.14, pelo menos 7 anos antes do ajuizamento da presente ação rescisória. O prazo fixado pelo art. 975 do Código de Processo Civil aplica-se somente às hipóteses em que a matéria foi debatida pelas partes durante todas as fases processuais. Não tendo havido impugnação, operou-se a preclusão. O entendimento de que o atual art. 975 do Código de Processo Civil tem aplicação, independentemente da matéria discutida entre as partes, gera a inconstitucionalidade deste dispositivo legal, porque afronta ele a garantia da intangibilidade da coisa julgada, prevista no art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal e a segurança jurídica. Pede a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 975 do Código de Processo Civil e a extinção do processo em decorrência da decadência. Tratando-se de litisconsórcio passivo necessário e unitário, todos os advogados que tinham e que têm interesse na manutenção da higidez do título executivo judicial, que o Estado de São Paulo pretende rescindir, deveriam ter sido chamados, mediante citação, para defenderem o acórdão rescindendo. No entanto, os advogados integrantes de sua sociedade de advogados, bem como os advogados da Transpetro não foram incluídos no polo passivo. A ausência da totalidade dos legitimados implica decadência do direito de propor ação rescisória. A correção da legitimidade de partes na ação rescisória somente é admissível antes dos dois anos para a sua propositura. Não providenciada a citação dos advogados substabelecidos, bem

Acesso ao Sumário

como daqueles do departamento jurídico da Transpetro, dentro do lapso de dois anos, todos igualmente beneficiários e interessados na mantença do título executivo judicial, impõe-se a extinção do processo, sem julgamento do mérito, com arrimo no art. 485, IV, do Código de Processo Civil, por flagrante ausência de pressuposto de constituição válida do processo. Também se verifica a decadência pela manifesta inércia do autor. A ação rescisória foi ajuizada em 28.6.21, com emenda da inicial em 14.7.21, com ordem de citação de todos os requeridos em 28.7.21 com aperfeiçoamento das citações somente em 11.1.24. O Estado de São Paulo descumpriu a regra do art. 240, par.2º, do Código de Processo Civil, porquanto, deixou de executar as providências para viabilizar a citação, assumindo o risco de não se ter como interrompida a prescrição, bem como o lapso decadencial (art. 240, par.4º). A citação por carta precatória demorou mais de 2 anos para ser efetivamente cumprida, sem qualquer atitude proativa ou mesmo pedido de cooperação à Fazenda Estadual do Rio de Janeiro. Também foi inobservado o art. 261, par. 3º, do Código de Processo Civil. Aplica-se o enunciado da Súmula 264 do Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, carece o autor de interesse de agir por manifesta inadequação do meio processual eleita haja vista a impossibilidade uso da ação rescisória como sucedâneo recursal. No mérito, os honorários arbitrados estão em plena conformidade, proporcionalidade e razoabilidade com a atuação dos patronos da Transpetro, nos embargos à execução. Mesmo nas sucumbências suportadas pela Fazenda Pública, os honorários advocatícios devem traduzir a justa remuneração ao patrono do vencedor. Saliente-se que o arbitramento de honorários sempre foi e continua sendo tema por demais polêmico, circunstância que atrai a incidência da conhecida Súmula 343/STF, segundo a qual tratando-se de um texto legal cuja interpretação era (e continua sendo) controvertida, no âmbito dos tribunais, à época da prolação da decisão, não se viabiliza o cabimento da ação rescisória. A ação rescisória também não é o remédio adequado quando o demandante almeja rediscutir a justiça da decisão, exatamente como se apresenta a presente demanda, na qual o Estado de São Paulo tem por único escopo corrigir a alegada injustiça do acórdão rescindendo. Pede a extinção do processo sem resolução do mérito, dada: (i) a manifesta inconstitucionalidade que reveste o art. 975 do Código de Processo Civil; (ii) a ausência de pressuposto processual de constituição válida do processo e, ainda, (iii) a falta de interesse de agir, em virtude da inadequação da presente ação rescisória, que não pode ser utilizada como sucedâneo recursal. Superada as preliminares, que a demanda seja julgada improcedente.

Petrobrás Transporte S.A. - TRANSPETRO (fls. 2273/2286), salientando ilegitimidade de parte, uma vez que a titularidade dos honorários de sucumbência em discussão pertence aos advogados da empresa, seja individualmente ou por meio de associação constituída. A Fazenda teve diversas oportunidades de se insurgir contra a honorária arbitrada, mas quedou-se inerte, operando-se a

Acesso ao Sumário

preclusão consumativa (art.473 do Código de Processo Civil/73 e art. 507 do Código de Processo Civil/15). Não estão presentes quaisquer das hipóteses que legitimam o ajuizamento de ação rescisória. A Fazenda não tem interesse de agir, utilizando a rescisória como sucedâneo recursal, o que é vedado pelo ordenamento jurídico. No mérito, a controvérsia é objeto do Tema 1.076/STJ razão pela qual junta Parecer lavrado pelo Prof. Ives Gandra da Silva Martins, Igor Mauler Santiago e Marcelo Magalhães Peixoto. A proteção ao erário já é garantida pelo Código de Processo Civil que prevê faixas escalonas para arbitramento dos honorários. A alegação de enriquecimento sem causa não aparece quando o contribuinte que arca com a sucumbência. Os honorários podem até mesmo não pertencer ao advogado e sim ser por este repassado ao cliente. Reitera os termos da contestação de *Heleno Taveira Tôrres*. Pede seja declarada sua ilegitimidade de parte e, no mérito, a improcedência da ação.

Marília Elena de Souza Caldeira peticionou às fls. 2472/2475; sustenta sua legitimidade *ad causam* e interesse processual para defender a higidez do título executivo judicial que a Fazenda Estadual pretende desconstituir nesta ação rescisória, porque foi exerceu a profissão na sociedade *Tucci Advogados Associados* e recebeu substabelecimento, com amplos poderes, do *Dr. José Rogério Cruz e Tucci,* para também atuar nos autos da execução fiscal e nos embargos à execução (proc. n. 0006497-35.2011.8.26.0587). Não obstante, não foi incluída no polo passivo. E o fato de não ter sido citada no prazo legal, implica decadência para a propositura da presente ação rescisória, visto que, diante da pretensão deduzida pela Fazenda Estadual (desconstituição do acórdão, no que se refere aos honorários advocatícios), trata-se de litisconsórcio necessário e unitário, devendo estar presentes, como demandados, todos os advogados que têm interesse em manter a condenação do autor ao pagamento de honorários. A correção da legitimidade de partes na ação rescisória somente é admissível antes dos dois anos para a sua propositura. Não providenciada sua citação dentro do lapso de dois anos, bem como também não citados os advogados do departamento jurídico da Transpetro, igualmente beneficiários e interessados na mantença do título executivo judicial, impõe-se a extinção do presente processo, sem julgamento do mérito, com arrimo no art. 485, IV, do Código de Processo Civil, por manifesta ausência de pressuposto de constituição válida do processo.

Na réplica, aduz a Fazenda que a divisão dos honorários é matéria interna de cada escritório de advocacia e os contratos firmados. No caso, atendendo determinação de fl. 392, indicou as advogadas *Alessandra de Souza Okuma* e *Maria Carolina Gomes Pereira Vilas Boas* porque atuavam no escritório *Heleno Tôrres Advogados Associados.* Como afirmaram que os honorários serão partilhados futuramente, possuem legitimidade *ad causam* para responder à ação, pois de alguma forma serão beneficiárias dos honorários aqui discutidos. A ação rescisória fundamenta-se no art. 966, inciso V, do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

Além do recurso voluntário, a sentença proferida nos embargos à execução estava sujeita ao reexame necessário, que devolve toda a matéria para ser analisada pelo Tribunal, independentemente do recurso voluntário da Fazenda. Dessa forma, não há que se falar em utilização da ação rescisória como sucedâneo recursal se todos os capítulos da sentença foram devolvidos à reexame ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não operando a coisa julgada sobre o capítulo dos honorários advocatícios, independentemente do referido capítulo ser objeto do recurso voluntário. Tanto na apelação como no recurso especial buscou reverter a procedência nos embargos à execução fiscal e a sucumbência de forma que a matéria foi sempre discutida, ainda, que indiretamente. A tempestividade é clara, pois o termo inicial é o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. No caso dos autos, a certidão comprova o trânsito em julgado em 26.2.21. A petição dos embargos à execução foi assinada pelo Dr. Heleno Taveira Tôrres; Transpetro consistiu como procuradora a Dra. Maria Carolina Gomes Pereira Vilas Boas, que substabeleceu a Heleno Taveira Tôrres e Alessandra de Souza Okuma. Todos foram devidamente citados nos presentes autos. O advogado Heleno Taveira Tôrres substabeleceu com reservas a José Rogério Cruz e Tucci. Os honorários pertencem apenas aos advogados peticionantes no cumprimento de sentença contratados para a defesa da Transpetro e a outra metade pertence aos advogados da Transpetro, no caso à Dra. Maria Carolina Gomes Pereira Vilas Boas, também devidamente citada nestes autos. Logo, desnecessária a citação ou de inclusão no polo passivo da demanda dos advogados associados do escritório *Tucci Advogados* e da peticionante *Marília Elena de Souza Caldeira.* Os advogados associados são contratados pelo escritório para prestar serviços sem vínculo empregatício e o cliente é do escritório que o contratou, o que permite ao advogado associado ter seus próprios clientes (arts.15, pars.10 e 11, e 17 e 17-B do Estatuto da OAB). O advogado associado não possui direito diretamente aos honorários advocatícios, dependendo de regulamentação em contrato interno que não pode ser oposto à Fazenda Pública condenada. Na hipótese, foi condenada a pagar honorários aos advogados Heleno Taveira Tôrres e José Rogério Cruz e Tucci e à advogada da Transpetro, Dra. Maria Carolina Gomes Pereira Vilas Boas. Não se verifica a decadência pois a ação foi ajuizada dentro do prazo legal e em face dos advogados em favor dos quais foram fixados honorários sucumbenciais. Assim, o litisconsórcio necessário e unitário em face dos advogados em favor de quem constituídos os honorários sucumbenciais foi devidamente formado. De toda forma, com a citação dos sócios dos escritórios, compreende-se a citação dos advogados associados, se necessário. O art. 975 do Código de Processo Civil é amplamente admitido pela jurisprudência como termo inicial do prazo para ajuizamento da ação rescisória. O início da contagem do prazo coincide com o dia seguinte ao trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, seja de mérito ou não. A sentença, embora proferida em

Acesso ao Sumário

29.8.14, estava sujeita ao reexame necessário o que impediu o trânsito em julgado de qualquer de seus capítulos, inclusive o referente aos honorários advocatícios como expressamente enuncia a Súmula 325/STJ. Não houve inércia, tendo providenciado tudo que lhe competia para o andamento da ação. A matéria é exclusivamente de direito. Este Tribunal de Justiça vem admitindo o ajuizamento de rescisória para as hipóteses em que inobservada a regra do art. 20, par.4º, do Código de Processo Civil. O valor da Execução Fiscal em 23.9.11 alcançava o montante de R$ 81.437.611,18 e, ao fixar os honorários advocatícios 10% do valor do débito exequendo, o Juízo de Primeiro Grau e o Tribunal deixaram de aplicar o par. 4º do art. 20 do Código de Processo Civil vigente na data em que proferida sentença, que é o marco temporal na fixação dos honorários. Não busca a fixação de honorários de forma irrisória ou desproporcional ao trabalho advocatícios prestado e sim a proporcionalidade na fixação dos honorários de forma a remunerar de forma condizente o trabalho prestado. O Tema 1076/STJ versa sobre o art. 85, par.8º, do Código de Processo Civil de 2015 ao passo que os honorários impugnados foram fixados na vigência do Código de Processo Civil de 1973. Referido tema está sobrestado porque reconhecida a repercussão geral da matéria (Tema 1255/STF). Não busca o afastamento dos honorários advocatícios de sucumbência fixados em seu desfavor, apenas sua revisão para que seja fixado por equidade. Procedente os embargos à execução fiscal, são devidos honorários de sucumbência pela FESP, o que não se discute, porém de forma razoável e proporcional para que não haja desvirtuamento do instituto. A inobservância da equidade implicou honorários exorbitantes e desconexos com o trabalho desenvolvido, atingindo o montante de R$ 12.493.378,34. Não se questiona a inegável competência dos Professores Heleno Tôrres e Cruz e Tucci tampouco a interpretação controvertida de texto de lei ou a má aplicação do critério da equidade e sim a ausência do juízo da equidade na fixação desses honorários, o que não foi sanado, ainda que esgotada a via recursal. Nesses casos de valor elevado o critério que deve ser adotado é o da equidade, com estrita observância do par. 4º do art.20 do Código de Processo Civil/73, tanto pelo valor da causa quanto pelo fato de ter sido vencida a Fazenda Pública, não obstante o mérito e o trabalho dos grandes causídicos. Ratifica os termos da inicial e respectiva emenda, requerendo todos os meios de prova, especialmente a juntada de novos documentos antes as novas alegações das partes (fls. 2484/2512).

FUNDAMENTOS

2. Necessário se faz um retrospecto a respeito dos ajuizamentos que deram azo à presente propositura.

O *Estado de São Paulo* ajuizou execução fiscal contra a *Transpetro*, em **23.09.2011**, cobrando débito decorrente do AIIM nº 3083668-2, lavrando em **6.12.2007**, no valor de **R$ 45.733.702,30** (fl. 328), referente a débito de ICMS-Transporte por atividade de afretamento de navios no período de **dezembro de**

Acesso ao Sumário

2002 a maio de 2003, pois tal atividade corresponderia à locação dos navios aliada à prestação de serviço de transporte. O tributo cobrado ao tempo da execução fiscal perfez o montante de **R$ 81.437.611,18** (autos físicos nº 0005019-89.2011.8.26.0587). Naquela oportunidade foram cadastrados como advogados da executada: *José Rogério Cruz e Tucci; Alessandra de Souza Okuma; Heleno Taveira Tôrres* e *Maria Carolina G. P. Vilas Boas.*

A executada opôs embargos do devedor em **06.12.2011**, questionando a incidência do ICMS no contrato de afretamento (autos físicos nº 0006497-35.2011.8.26.0587 – fls. 23/139). Embora a petição inicial dos embargos à execução esteja subscrita apenas pelo advogado *Heleno Taveira Tôrres*, o cadastro judicial indica também seguintes causídicos: *José Rogério Cruz e Tucci* e *Maria Carolina G. P. Vilas Boas.*

A sentença, proferida em **18.07.2014**, julgou procedentes os embargos à execução, condenando o Estado no pagamento de custas e despesas processuais e **honorários advocatícios de 10% sobre o valor do crédito exequendo** (fls. 482/494).

A Décima Primeira Câmara de Direito Público, Relator Jarbas Gomes, em julgamento proferido em 02.02.2016, no qual houve sustentação oral do advogado *Heleno Taveira Tôrres*, negou provimento ao recurso voluntário da Fazenda e ao reexame necessário, "*mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos*" (fls. 496/507).

O Recurso Especial da Fazenda foi inadmitido pelo Presidente da Seção de Direito Público sob os seguintes fundamentos (fls. 509/510):

"*Com efeito, **o posicionamento alcançado pelos doutos Julgadores, embora contrário às pretensões da recorrente, não traduz desrespeito à legislação enfocada a ponto de permitir seja o presente alçado à instância superior**.*

Nessa trilha, conforme entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, verbis:

*"(...) 1. Não incide o ICMS nos contratos de afretamento de embarcação, por não se enquadrarem na hipótese prevista do art. 2°, II, da LC n.° 87/96. Precedente: REsp 79.445/ES, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, DJ 13/04/1998. (...)" (AgRg no REsp 1091416 - RJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe de **29-10-2013**).*

*Em relação ao mais, ao que se infere, **os argumentos expendidos não são suficientes para infirmar as conclusões do v. acórdão combatido que contém fundamentação adequada para lhe dar respaldo, tampouco ficando evidenciado o suposto maltrato às normas legais enunciadas***".

O Recurso Extraordinário foi igualmente inadmitido, por ausência de prequestionamento (fls. 511/512).

Já o Agravo do despacho denegatório do Recurso Especial foi conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça "*para não conhecer do recurso especial*." (fls.

Acesso ao Sumário

523/526).

No Agravo Interno interposto contra a decisão acima, a Fazenda sustentou que (fl. 529):

"*(i) "Embora o acórdão estadual recorrido não tenha feito menção expressa aos artigos 1° e 2°, II, da Lei Complementar n° 87/96, efetivamente prequestionou a matéria (nos termos exigidos pelo STJ), ao diminuir o seu conteúdo normativo e excluir a incidência do ICMS na hipótese dos autos" (fl. 1.688); e (ii) "o presente recurso não procura reexame das cláusulas do contrato, vedada nos termos da Sumula 5 do STJ, mas sim constatar que a interpretação dada pelo Tribunal 'a quo' à norma da Lei 87/96 aqui discutida, foi equivocada, na medida que excluiu a sua aplicação ao caso dos autos*".

O Agravo Interno foi desprovido, pois a Fazenda não teria argumentado, no recurso de apelação, eventual violação à Lei Complementar 87/96, "*tampouco foram opostos embargos declaratórios para suprir eventual omissão", configurando "indevido intento de rediscutir cláusulas contratuais*" (fls. 530/536).

Transitado em julgado o acórdão em 26.02.21 (fl. 541), o *Estado de São Paulo* ajuizou, em 28.06.2021, a presente ação rescisória em face de *Petrobrás Transporte S/A - Transpetro, Heleno Taveira Tôrres* e *José Rogério Cruz e Tucci*, objetivando a rescisão do capítulo da sentença concernente aos honorários advocatícios, sob a alegação da violação a norma jurídica tipificada no art. 20, par. 4º, do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da prolação da sentença, cuja redação segue abaixo:

"§ 4º. Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou ***for vencida a Fazenda Pública****, e nas execuções, embargadas ou não,* ***os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz****, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior [a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço].*

3. De partida, serão examinadas as preliminares aventadas nas contestações.

3.1 A questão afeta à admissibilidade da ação rescisória, a essa altura da tramitação – após quase 3 anos – parece ultrapassada. De todo modo, exame prévio e implícito, concluindo-se pela admissão do incidente, foi feito quando proferida a decisão de fls. 932, que suspendeu o cumprimento de sentença n. 1002099-81.2018.8.26.0587 e determinou a emenda à inicial, o que foi atendido pela Fazenda do Estado às fls. 939/940, incluindo-se no polo passivo as advogadas *Maria Carolina Gomes Pereira Vilas Boas* e *Alessandra de Souza Okum*a. A admissibilidade da ação foi ratificada na decisão de fl. 955, que recebeu a emenda à inicial e determinou a citação de todos os réus.

A primeira decisão singular foi submetida ao exame do colegiado, quan-

Acesso ao Sumário

do confrontada por meio do Agravo Interno proposto pelo requerido *Heleno Taveira Tôrres* (fls. 1939/1953):

"AGRAVO INTERNO. Ação Rescisória Cumprimento de sentença. Honorários calculados sobre o valor do crédito exequendo. Quantia exorbitante – Violação ao art. 20, par. 4º, do Código de Processo Civil de 1973 – Tutela provisória de urgência – Concessão – Possibilidade: A forte probabilidade do direito alegado e o perigo de dano ao erário legitimam a concessão da tutela de urgência".

No referido acórdão, transitado em julgado em 25.10.2021 (fl. 1957), constou expressamente: "*o Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência consolidada no sentido do* ***cabimento da ação rescisória*** *para discutir o caráter objetivo dos honorários advocatícios (...)*".

Portanto, rejeito a preliminar de falta de interesse processual calcada na inadequação da via eleita.

A procedência ou improcedência das razões aventadas pela Fazenda é questão de mérito e serão deste modo examinadas.

3.2 A respeito das alegações de ilegitimidade passiva defendidas por *Alessandra de Souza Okuma* e *Maria Carolina Gomes Pereira Vilas Boas*, as preliminares não prosperam.

Na esteira do quanto proposto pela teoria da asserção, as condições da ação se verificam pelo que a inicial descreve; o mais, é questão de mérito.

Tratando-se de ação rescisória na qual a Fazenda pretende desconstituir capítulo da sentença referente exclusivamente aos honorários advocatícios sucumbenciais e, estando as advogadas formalmente constituídas e cadastradas na ação principal como patronas aptas a se beneficiarem dos honorários que ora se discutem, não há ilegitimidade passiva, haja vista o liame fático entre elas e a causa de pedir e o pedido.

3.3 Pela mesma razão não colhe a alegação de ilegitimidade passiva da Transpetro, pois também faz jus à sucumbência, como bem ressaltado pelos advogados acima mencionados em manifestação inserida no cumprimento de sentença n. 1002099-81.2018.8.26.0587 (fl. 1157):

"*(...) no que se refere aos honorários advocatícios sucumbenciais, tendo os Exequentes promovido apenas a* ***execução da metade da verba sucumbencial****, em estrita conformidade ao que foi previsto em contrato de prestação de serviços advocatícios.* ***A outra metade pertence aos advogados do Departamento Jurídico interno da TRANSPETRO***."

Nesses quadrantes, uma vez que a esfera jurídica da Transpetro poderá ser afetada pelo resultado da presente rescisória, não há como afastá-la do polo passivo.

3.4 Em relação ao argumento de decadência, aventado por *José Rogério Cruz e Tucci*, este, igualmente às preliminares anteriores, não merece guarida.

O acórdão rescindendo e, por conseguinte, o capítulo que se pretende desconstituir, transitou em julgado em **26.02.2021**, enquanto a presente ação foi proposta em **28.06.2021**, cumprindo-se o lapso decadencial previsto no art. 975 do Código de Processo Civil.

Embora a Fazenda não rechace as alegações de que não se pronunciou na ação principal acerca da condenação em honorários, é certo que essa condenação estava sujeita ao reexame necessário, não havendo trânsito em julgado do capítulo.

Outrossim, em que pese todas as citações tenham sido aperfeiçoadas em **11.01.2024**, o art. 240, § 1º do Código de Processo Civil estabelece que a interrupção da prescrição se opera pelo despacho que ordena a citação, retroagindo à data da propositura da ação. O despacho que ordenou a citação foi proferido em **28.07.2021** (fl. 955), não podendo ser imputado à Fazenda a demora na devolução das cartas precatórias para citação da *Transpetro* e da advogada *Maria Carolina Gomes Pereira Vilas Boas* (vide fls. 2014, 2046/2066, 2068, 2084/2086, 2093/2094, 2097).

Assim, como já adiantado, afasto a preliminar.

3.5 Por fim, rejeito o pedido vertido na petição de fls. 2466/2469, protocolado pela advogada *Marília Elena de Souza Caldeira*, na qual afirma ter legitimidade passiva para ingressar nessa rescisória e, por consequência, deveria ter sido citada; como não foi, o direito da Fazenda decaiu.

A uma porque o simples fato de ter atuado profissionalmente vinculada ao escritório *Tucci Advogados Associados*, no período em que tramitou a ação principal, não lhe garante a qualidade de litisconsorte passiva necessária a figurar na presente ação, nos termos do art. 114 do CPC. Assim, não ter sido indicada pela autora como parte passiva não altera o presente processamento.

A duas porque os documentos carreados aos autos e o cadastro judiciário dos autos principais não indicam que tenha atuado diretamente na demanda cujo capítulo condenatório se pretende desconstituir. Ter trabalhado no citado escritório de advocacia pode lhe render discussões *intena corporis*, sem interesse para o deslinde desse feito.

Logo, examinadas e rejeitadas todas as preliminares, passo ao exame do mérito.

4. Oportuno rememorar o objeto da presente ação rescisória, fundada no artigo 966, V e seu parágrafo § 3º do Código de Processo Civil, no intuito de desconstituir o capítulo de sentença transitada em julgado em 2021, no qual a Fazenda foi condenada a pagar honorários de sucumbência de 10% sobre o crédito exequendo, o que perfaz uma condenação, atualmente, de mais de 12 milhões de reais.

A Fazenda alega que a condenação transitada em julgado não observou os ditames do art. 20, § 4º do CPC, vigente ao tempo da condenação, cuja reda-

Acesso ao Sumário

ção transcrita linhas atrás previu que nas causas em que for vencida a Fazenda Pública os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo § 3º do mesmo dispositivo, que se refere aos seguintes critérios: "*a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço*".

No caso, a sentença proferida em 16.07.2014, no bojo dos Embargos à Execução Fiscal n. 0006497-35.2011.8.26.0587, de fato, não fundamentou a condenação da Fazenda a pagar honorários advocatícios à embargante no importe de "*10% sobre o valor do crédito exequendo*". Lado outro, **a Fazenda não apresentou embargos de declaração e nem se insurgiu sobre essa questão** na longa apelação distribuída para a 11ª Câmara de Direito Público (vide fls. 1024/1070).

O acórdão, de seu turno, proferido ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, negou provimento ao recurso voluntário da Fazenda e ao reexame necessário, "*mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos*" (fls. 499/507). Do mesmo modo, **a Fazenda não questionou, via embargos de declaração, a ausência de apreciação explícita a respeito dos honorários de advogado a que fora condenada.**

No Recurso Especial apresentado, igualmente não houve questionamento (fls. 1071/1080). Denegado o processamento do referido recurso, a Fazenda interpôs agravo, **única oportunidade em que se lembrou de aventar a problemática em torno da aplicação do art. 20, § 4º do CP** (fls. 1099/1107). Confira-se:

"Apenas para salientar o cerne da questão, que, após insucesso na persecução do crédito público, haurido de autuação ***ambiental (sic), a Fazenda do Estado foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios no percentual de 20% sobre o valor da causa.*** *Irresignada, perquiriu a devolução desse capítulo da sentença ao juízo "ad quem", sem o êxito esperado, já que o Tribunal de Justiça manteve, à integralidade, a decisão recorrida.*

A ora recorrente, então, constatando ter a decisão proferida configurado condenação da FESP em valor de honorários demasiadamente elevado, notadamente se analisada sobre a perspectiva do valor econômico da causa e da complexidade da discussão havida no presente feito, e a simplicidade da peça articulada, interpôs recurso especial, não admitido na origem.

Como se nota, ***está plenamente caracterizada ofensa à norma federal citada, qual seja, artigo 20 e parágrafos do CPC, uma causa com valor econômico, visto ser desarrazoada a condenação em 10% sobre o valor da causa.****"*

O Agravo em REsp n. 1.648.137 não foi conhecido pelo Ministro João Otávio de Noronha, sob o principal fundamento de que "*não houve o prequestionamento da tese recursal, uma vez que a questão postulada não foi exami-*

Acesso ao Sumário

nada pela Corte de origem sob o viés pretendido pela parte recorrente" (fls. 1110/1112).

A Fazenda interpôs agravo interno da decisão acima, oportunidade em que, novamente, **não menciona o art. 20, § 4º do Código de Processo Civil**, atendo-se apenas e tão somente na regularidade da autuação feita por meio do AIIM nº 3083668-2, lavrando em 6.12.2007, no valor de R$ 45.733.702,30 (fl. 328), referente a débito de ICMS-Transporte por atividade de afretamento de navios no período de dezembro de 2002 a maio de 2003 (fls. 1113/1116).

O Agravo Interno foi desprovido pelo STJ, "por falta de prequestionamento" (fls. 1117/1124):

"1. A Corte local não solucionou a contenda sob o enfoque pretendido pelo recorrente, ***tampouco foram opostos embargos declaratórios para suprir eventual omissão****. Aplicável o óbice da Súmula 282/STF ante a falta do necessário prequestionamento".*

Ato seguinte, operou-se o trânsito em julgado, em 26.02.2021 (fl. 1125), razão pela qual foi proposta a presente ação rescisória.

5. A primeira circunstância a ser verificada se refere ao posicionamento da jurisprudência ao tempo em que proferida sentença (18.07.2014), seguidamente mantida em todas as instâncias recursais.

Em didático pronunciamento, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento contemporâneo à prolação da sentença, assentou pela possibilidade de aplicação das diversas formas de fixação da sucumbência quando restar a vencida a Fazenda Pública: "*pode-se adotar como base de cálculo* ***ou*** *o valor da condenação* ***ou*** *o valor da causa,* ***ou*** *ainda pode-se arbitrar valor fixo*". Todavia, cabia àquela instância Superior, excepcionalmente, "a*dmitir o exame de questão afeta à verba honorária para* ***adequar, em Recurso Especial, a quantia ajustada na instância ordinária ao critério de equidade estipulado na lei, quando o valor indicado for exorbitante ou irrisório***". Abaixo a ementa na íntegra e os dados do julgamento:

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ***CONDENAÇÃO IMPOSTA À FAZENDA PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.*** *FIXAÇÃO POR ARBITRAMENTO. POSSIBILIDADE. IRRISORIEDADE OU EXCESSIVIDADE. ALTERAÇÃO. EXAME. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.*

*1. A Corte Especial pacificou o entendimento segundo o qual "****não se aplicam os limites máximo e mínimo previstos no § 3.º do art. 20 do Código de Processo Civil, tampouco há obrigatoriedade de que a imposição da verba honorária incida sobre o valor da condenação. Com efeito, pode-se adotar como base de cálculo ou o valor da condenação ou o valor da causa, ou ainda pode-se arbitrar valor fixo****" (AgRg nos EREsp 1.010.149/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 7/6/11).*

2. "Conforme orientação pacífica no STJ, ***excepcionalmente se admite o exame de questão afeta à verba honorária para adequar, em Recurso Especial, a quantia ajustada na instância ordinária ao critério de equidade estipulado na lei, quando o valor indicado for exorbitante ou irrisório****" (AgRg nos EDcl no REsp 1.267.162/MG, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 24/8/12).*

3. "Para o conhecimento dos embargos de divergência, cumpre ao recorrente demonstrar que os arestos confrontados partiram de similar contexto fático para atribuir soluções jurídicas dissonantes" (AgRg nos EAREsp 260.190/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Corte Especial, DJe 19/8/13).

4. Hipótese em que a similitude fática entre o acórdão paradigma e o acórdão embargado não ficou evidenciada, uma vez que a Segunda Turma, na espécie, firmou a compreensão no sentido de que inexistiriam nos autos elementos suficientes para que se pudesse, excepcionalmente, ultrapassar a regra prevista na Súmula 7/STJ, haja vista que não houve qualquer manifestação do Tribunal de origem sobre os dados fáticos da causa, inviabilizando a pretensão deduzida no recurso especial de majorar a verba sucumbencial.

5. Agravo regimental não provido".

(AgRg nos EAREsp n. 154.353/SP, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, julgado em 16/9/2013, DJe de 23/9/2013.)

O julgado acima, ao afirmar que "*não se aplicam os limites máximo e mínimo previstos no § 3.º do art. 20 do Código de Processo Civil*, orienta que, nas causas em que a Fazenda Pública restar vencida, o **percentual** pode estar aquém ou além da faixa de 10% a 20% (§ 3º do art. 20), podendo variar a **base de cálculo** entre o "valor da causa" ou o "valor da condenação" ou ainda, abandonar-se o percentual sobre a base de cálculo e arbitrar um "valor fixo".

Em todos os casos, ou seja, para a escolha do percentual – sobre o valor da condenação ou sobre o valor da causa – ou para o arbitramento do valor fixo, o juiz deveria considerar as alíneas "a", "b" e "c" do § 3º do art. 20:

"a) o grau de zelo do profissional;

b) o lugar de prestação do serviço;

c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço".

Para as especificidades plasmadas no § 4º do art. 20, quais sejam, "*nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável,* ***naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública*** *e nas execuções, embargadas ou não*", a regra para fixação dos honorários deveria seguir a "*apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior*" [alíneas do § 3º acima transcritas].

Nesse sentido o julgado abaixo, da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça e contemporâneo à prolação da sentença:

Acesso ao Sumário

"PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS. VERBA FIXADA COM RAZOABILIDADE.

*1. **O art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil é expresso ao estabelecer que, «nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior".****

*2. **A verba honorária pode ser fixada em percentual inferior ou superior àquele mínimo ou máximo indicado no § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil, a teor do que dispõe o § 4º do retrocitado artigo, porquanto esse dispositivo processual não faz referência ao limite a que se deve restringir o julgador quando do arbitramento.***

*3. **Ao STJ só é permitido modificar valores fixados a título de honorários advocatícios caso sejam eles irrisórios ou exorbitantes, o que não se aplica ao caso.***

4. Consigne-se ademais que "não se aplicam os limites máximo e mínimo previstos no § 3.º do art. 20 do Código de Processo Civil, tampouco há obrigatoriedade de que a imposição da verba honorária incida sobre o valor da condenação. Com efeito, pode-se adotar como base de cálculo ou o valor da condenação ou o valor da causa, ou ainda pode-se arbitrar valor fixo" (AgRg nos EREsp 1.010.149/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 7/6/11). Agravo regimental improvido".

(AgRg no AREsp n. 516.089/RS, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 18/6/2014, DJe de 27/6/2014.)

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FAZENDA PÚBLICA. CONDENAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO. APRECIAÇÃO EQUITATIVA DO MAGISTRADO. ART. 1º - F DA LEI 9.497/97. REDAÇÃO DA LEI 11.960/09. INCIDÊNCIA A PARTIR DE SUA ENTRADA EM VIGOR. AGRAVO NÃO PROVIDO.

*1. "A **Corte Especial** consolidou a jurisprudência no sentido de que, **vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios serão fixados segundo o critério de equidade (art. 20, § 4º, do CPC), aferido pelas circunstâncias previstas nas alíneas "a", "b" e "c" do § 3º do mesmo dispositivo.** Assim, **não se aplicam os limites máximo e mínimo de 10% e 20%**, tampouco há obrigatoriedade de que a imposição da verba honorária incida sobre o valor da condenação"(AgRg no REsp 1.247.307/BA, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 8/9/11).*

2. A Corte Especial, no julgamento do REsp 1.205.946/SP, na sessão de 19/10/11, assentou a compreensão de que o art. 5º Lei 11.960/09, que modificou a sistemática dos juros moratórios e da correção monetária incidentes nas condenações impostas à Fazenda Pública, ante o seu caráter instrumental, deve ser aplicado de imediato aos processos em curso.

Acesso ao Sumário

3. Agravo regimental não provido".
(AgRg no AREsp n. 228.354/SP, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 16/10/2012, DJe de 25/10/2012.)

Aqui se pode concluir, em abstrato, que eventual condenação da Fazenda Pública no importe de "*10% sobre o crédito exequendo*" não é teratológico, pois perfeitamente possível, como sinalizado pela Corte Especial do STJ e por seus demais órgãos fracionários. O juiz não está adstrito à faixa de percentual de 10% a 20%, mas também não está impedido de fazê-lo se, **aplicando a equidade**, chegou a essa conclusão. O mesmo raciocínio vale para a escolha da base de cálculo que, neste caso específico, foi o valor da causa, pois ausente condenação da Fazenda.

Todavia, na hipótese *sub examine*, **nem a sentença, tampouco o acórdão proferido nos Embargos à Execução n. 0006497-35.2011.8.26.0587, indicaram se a condenação da Fazenda no pagamento da verba honorária fixada em "*10% sobre o valor do crédito exequendo*" adotou como fundamento jurídico o § 3º ou § 4º no do artigo 20 do Código de Processo Civil.**

E isso faz toda a diferença para a presente apreciação. Vejamos.

Caso a sentença e o acórdão *tivessem* fundamentado a fixação dos honorários no § 3º do art. 20 do CPC, não haveria dúvida acerca da incorreta aplicação da lei, pois o caso é de subsunção ao § 4º.

Lado outro, a Fazenda não se preocupou em esclarecer esse ponto, pois em nenhum momento aviou embargos de declaração.

Portanto, a conclusão a que se chega é que foi aplicado o § 4º, pois as decisões judiciais, ainda mais aquelas acobertadas pela coisa julgada, presumem-se corretas e adequadas. Presunção contrária colocaria em xeque todo um sistema de justiça e a segurança jurídica, já tão inconsequentemente aviltada. Para além, é sabido que "*a fixação da verba honorária de sucumbência* ***cabe às instâncias ordinárias****, visto que resulta da* ***apreciação equitativa e da avaliação subjetiva do julgador diante das circunstâncias fáticas presentes nos autos***" (AgRg no REsp n. 1.130.732/RJ, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18/9/2014, DJe de 26/9/2014).

Contudo, "***excepcionalmente se admite o exame de questão afeta à verba honorária para adequar, em recurso especial, a quantia ajustada na instância ordinária ao critério de equidade estipulado na lei quando o valor indicado for exorbitante ou irrisório***" (idem).

Pois bem.

Prosseguindo nesse raciocínio, teria sido perfeitamente possível à Fazenda rever o valor dos honorários por meio do Recurso Especial, como reiteradamente pronunciado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Mas não obteve sucesso naquela via, mesmo após questioná-lo no Agravo em REsp n. 1.648.137, pois simplesmente "esqueceu" de prequestionar a matéria nas instâncias ordinárias.

É exatamente o que a Fazenda do Estado pretende fazer nessa via da ação rescisória: "*adequar (...) a quantia ajustada na instância ordinária ao critério de equidade estipulado na lei quando o valor indicado for exorbitante*" (para utilizar, de modo adaptado, o mesmo excerto acima citado).

6. Portanto, não se pode acolher o pleito rescisório, pois a matéria além de não ter sido adequadamente debatida nas instâncias próprias, o foi quando já não mais era processualmente possível, não cabendo, pela via da rescisória, retomar a discussão por desídia da parte no momento oportuno. Nesse pórtico, confira-se julgado da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, que apreciou caso parelho aos presentes autos:

"PROCESSUAL CIVIL. ***AÇÃO RESCISÓRIA. VIABILIDADE PARA SE DISCUTIR HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, SOB ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI****. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA PARTE LITIGANTE NO AÇÃO ORIGINÁRIA. INOCORRÊNCIA.* ***DESCABIMENTO DE RESCISÃO DE JULGADO A PRETEXTO DE SUA INJUSTIÇA OU OFENSA À EQUIDADE. RESERVA DA AÇÃO RESCISÓRIA APENAS PARA CASOS EXPONENCIAIS DE AGRESSÃO AO CONTEÚDO DE DISPOSITIVO LEGAL. PRETENSÃO DE REEXAME DA CONDENAÇÃO DO VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIDA DO PEDIDO.*** *AÇÃO RESCISÓRIA DA FAZENDA NACIONAL EXTINTA SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO EM RELAÇÃO À EMPRESA CIPLA INDÚSTRIA DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO S.A., E JULGADA IMPROCEDENTE EM RELAÇÃO À TEIXEIRA FILHO ADVOGADOS ASSOCIADOS S.C.*

1. Preliminar de ilegitimidade passiva da empresa CIPLA INDÚSTRIA DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO S.A., visto o ponto do julgado que se pretende rescindir diz respeito tão somente aos honorários de sucumbência pertencentes ao Advogado, e não à parte litigante na ação originária. Assim, considerando que, desde a edição da Lei 8.906/2004, os honorários sucumbenciais constituem direito autônomo do causídico, que poderá executá-los nos próprios autos ou em ação distinta, extingue-se o presente feito em relação à empresa, diante de sua ilegitimidade para integrar o polo passiva do Ação Rescisória.

2. **A análise da violação a dispositivo literal de lei, para o fim de rescisão do julgado, requer exame minucioso do julgador, em respeito à estabilidade das relações jurídicas acobertadas pela coisa julgada, visando à preservação da efetividade das decisões jurisdicionais e à paz social. Com efeito, a Ação Rescisória não pode ser utilizada como sucedâneo de recurso, tendo lugar apenas nos casos em que a transgressão à lei é flagrante**.

3. No caso dos autos, a parte autora objetiva rescindir o julgamento exarado pela 2a. Turma do STJ, no qual foi dado provimento ao Recurso Especial 306.962/SC, sob a relatoria do Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, que

Acesso ao Sumário

fixou os ***honorários advocatícios em 5% sobre o valor da dívida excluída (fls. 571), sustentando violação literal do art. 20, §§ 3o. e 4o., do CPC/1973, pois a verba honorária seria exorbitante e incompatível com o princípio da justa remuneração*** *(fls. 16).*

4. Dessa forma, se o acórdão rescindendo utilizou como base para a condenação dos honorários advocatícios, o valor de 5% sobre o valor da dívida excluída, ***não se verifica qualquer hipótese de violação literal à lei, mas sim, apenas o inconformismo da parte que agora busca a redução do valor dos honorários advocatícios.***

5. Ação Rescisória da Fazenda Nacional extinta sem resolução de mérito em relação à empresa Cipla Indústria de Materiais de Construção S.A., e julgada improcedente em relação à Teixeira Filho Advogados Associados S.C. Fica a Fazenda Nacional condenada ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 2.000,00 para cada uma das partes vencedoras".

(AR n. 3.996/SC, relator Ministro Gurgel de Faria, relator para acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 13/3/2019, DJe de 21/5/2019.)

O julgado acima se ajusta perfeitamente ao caso em apreço, no qual a Fazenda pretende apenas reduzir, sob o critério da equidade previsto no art. 20, § 4º do Código de Processo Civil de 1973, o valor dos honorários a que foi condenada em decisão transitada em julgado, pois o valor seria exorbitante.

Repita-se o quanto explanado pelo Ministro Gurgel de Faria: "*A análise da violação a dispositivo literal de lei, para o fim de rescisão do julgado, requer exame minucioso do julgador, em* ***respeito à estabilidade das relações jurídicas acobertadas pela coisa julgada, visando à preservação da efetividade das decisões jurisdicionais e à paz social****. Com efeito, a Ação Rescisória não pode ser utilizada como sucedâneo de recurso, tendo lugar apenas nos casos em que a transgressão à lei é flagrante".*

Não se alegue que, pela via do reexame necessário, caberia ao Poder Judiciário ter reduzido, de ofício, os honorários em sede de apelação. Sob outra ótica, tem-se mais um motivo para a Fazenda ter utilizado os recursos devidos para tal esclarecimento, uma vez que as decisões judiciais, tal como a sentença e o acórdão proferidos nos Embargos à Execução n. 0006497-35.2011.8.26.0587 **presumem-se terem atentado para isso** e, naquela oportunidade, considerando o vulto da cobrança formulada na execução fiscal, aliado ao trabalho complexo desenvolvido pelos causídicos que defenderam a *Transpetro* (vide petição inicial dos embargos à execução, fls. 23/129), bem como a notória e reconhecida expertise dos patronos, **entenderam pela adequação da condenação imposta na sentença.** Como já dito, as decisões judiciais transitadas em julgado **presumem-se corretas e adequadas**, sob pena de se desmoralizar todo o sistema judiciário.

Acesso ao Sumário

Lado outro, não passa despercebido que a discussão acerca da lavratura do AIIM nº 3083668-2 e seus reflexos perdura há mais de 17 anos, sem contar que o próprio ato sancionatório se refere a um período anterior (2002-2003), que se considerado chega a 22 anos de celeuma.

Em arremate, essa Seção de Direito Público, na qual se inclui esse 5º Grupo, tem se posicionado pela excepcionalidade da ação rescisória, no sentido de não a acatar quando a intenção da parte autora for discutir, nessa via, matéria preclusa, apenas com o intuito revisional. À guisa de exemplo, cita-se:

*"AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA EM COGITÁVEL ERRO DE FATO E AFRONTA MANIFESTA DE NORMA JURÍDICA. JUÍZO RESCINDENTE: **A DEMANDA RESCISÓRIA NÃO É UMA SEGUNDA APELAÇÃO, NEM UM SUBSTITUINTE DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO.** - O erro de fato a autorizar a ação rescisória exige que "a) que a sentença nele seja fundada, isto é, que sem ele a conclusão do juiz houvesse de ser diferente; b) que o erro seja apurável mediante o simples exame dos documentos e mais peças dos autos, não se admitindo de modo algum, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz, ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente; c) que 'não tenha havido controvérsia' sobre o fato (§ 2º); d) que sobre ele tampouco tenha havido 'pronunciamento judicial" (§ 2º)" (Barbosa Moreira), não sendo admissível em virtude de mera divergência de entendimento. – A diversidade legal dos meios impugnativos de sentenças – meios recursais e ação rescisória – **é razão bastante para não permitir o trânsito dos requisitos e dos fins de uma e outros, tal se daria propiciando que a rescisória se tornasse uma segunda apelação ou um sucedâneo tardio dos recursos especial e extraordinário. – "A violação a lei, para justificar a procedência da demanda rescisória, nos termos do art. 966, V, do CPC/2015, deve ser de tal modo evidente que afronte o dispositivo legal em sua literalidade. Caso o acórdão rescindendo opte por uma entre várias interpretações possíveis, ainda que não seja a melhor, a demanda não merecerá êxito, conforme entendimento consolidado no verbete sumular 343 do STF**" (REsp 1.664.643, j. 18-5-2017) Juízo rescidente negativo. Improcedência da ação rescisória".* (Ação Rescisória 2093213-26.2023.8.26.0000; Relator: Ricardo Dip; Órgão Julgador: **5º Grupo de Direito Público**; Foro de Garça - 1ª Vara; Data do Julgamento: 28/07/2023; Data de Registro: 28/07/2023)

"*AÇÃO RESCISÓRIA – Pretensão de desconstituir parcialmente a decisão rescindenda que arbitrou a verba honorária por equidade – Alegação de violação manifesta de norma jurídica (artigo 966, V, do Código de Processo Civil) – Inocorrência – **Mero inconformismo com o quantum fixado a título de honorários advocatícios – Excepcionalidade da ação rescisória – Impossibilidade de rediscussão da matéria – Inviabilidade da pretensão** – Indeferimento da petição inicial por falta de interesse processual – Extinção do processo sem resolução do mérito".* (Ação Rescisória 2250034-58.2023.8.26.0000; Relatora:

Ana Liarte; Órgão Julgador: **2º Grupo de Direito Público**; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 13ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 13/11/2023; Data de Registro: 14/11/2023)

"*Ação rescisória – Ação anulatória de débito fiscal de ICMS – Contribuinte autuado por realizar operações de circulação de mercadorias valendo-se de notas fiscais emitidas por outra empresa – R. sentença de improcedência da ação, parcialmente reformada pelo v. acórdão rescindendo para a redução da multa punitiva e afastamento da Lei nº 13.918/2009 para fins de cálculo de correção monetária e juros moratórios, limitando-os ao índice SELIC –* ***Pedido desconstitutivo voltado somente contra os honorários sucumbenciais fixados em desfavor da Fazenda Estadual, ora autora, na lide originária – Alegação de violação manifesta a norma jurídica, nos termos do artigo 966, inciso V, do Código de Processo Civil – Inocorrência – Mero inconformismo com a justiça da decisão*** *– Ação julgada improcedente, com fulcro no artigo 487, inciso I, da legislação processual civil em vigor*" (Ação Rescisória 2024371-28.2022.8.26.0000; Relator: Osvaldo Magalhães; Órgão Julgador: **2º Grupo de Direito Público**; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 12/12/2022; Data de Registro: 12/12/2022)

"AÇÃO RESCISÓRIA – Violação manifesta a norma jurídica artigo 966, inciso V do Código de Processo Civil. ***Não caracterização, uma vez que a suposta norma violada sequer foi objeto de discussão na ação declaratória. Decisão rescindenda que conferiu interpretação possível e consentânea com as regras de hermenêutica e de aplicação do Direito no caso concreto. Inadmissível, ademais, a utilização da via rescisória como sucedâneo de recurso. Exame da jurisprudência.*** *Impossibilidade de alteração ex officio dos honorários de sucumbência fixados na ação declaratória, diante da ausência de expressa manifestação das partes nesse sentido e de ilegalidade em sua fixação. Prevalência do princípio da segurança jurídica e vedação à decisão surpresa. Processo extinto, com resolução de mérito, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. IMPROCEDÊNCIA*". (Ação Rescisória 2223836-52.2021.8.26.0000; Relator: Jarbas Gomes; Órgão Julgador: **5º Grupo de Direito Público**; Foro de São Bernardo do Campo - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 12/09/2022; Data de Registro: 19/09/2022)

Acesso ao Sumário

"*PROCESSO CIVIL – AÇÃO RESCISÓRIA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Infere-se dos autos que os autores pretendem a rescisão do V. Acórdão proferido pela 3ª Câmara de Direito Público, na parte em que manteve o arbitramento das verbas honorárias pelo critério da equidade, sob o fundamento de manifesta violação ao art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC/1973, para a sua fixação entre 10% e 20% sobre o valor da condenação – Aresto rescindendo que deu interpretação ao dispositivo legal de acordo com o entendimento do C. STJ e deste E. Tribunal, a afastar a alegação de sua violação ou interpretação teratológica – Precedentes deste Tribunal – Entendimento do C. STJ, ademais,* ***acerca do descabimento de ação rescisória para discutir fixação de verba honorária,***

bem como, pela possibilidade de seu arbitramento pelo critério de equidade, em valor fixo, não estando adstrito aos limites percentuais de 10% e 20%, previstos no § 3º do art. 20 do CPC/1973 *– V. Acórdão mantido – Ação julgada improcedente*". (Ação Rescisória 2265524-62.2019.8.26.0000; Relator: Carlos von Adamek; Órgão Julgador: **1º Grupo de Direito Público**; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 7ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 18/02/2020; Data de Registro: 18/02/2020)

"*AÇÃO RESCISÓRIA. Pretensão de "modular" a verba honorária fixada em ação anulatória de débito fiscal julgada improcedente e confirmada em grau de recurso. Alega-se que ficou exorbitante após adesão ao Programa Especial de Parcelamento do ICMS, em face do desconto então concedido. Pedido de rescisão da decisão que rejeitou impugnação ao cumprimento da sentença, ou, subsidiariamente, do acórdão que a confirmou. Ação fundada na violação a literal disposição de lei. INADMISSIBILIDADE.* ***Fixação da verba honorária em percentual do valor atribuído à causa, observado o critério da equidade e, portanto, matéria fática não sujeita à reexame. Hipótese não prevista no rol do art. 485 do CPC, que é taxativo. A ação rescisória, de caráter excepcional, não é sucedâneo de recurso ordinário e não se destina a corrigir suposta injustiça****. Inicial indeferida; extinto o processo sem apreciação do mérito*". (Ação Rescisória 2042064-06.2014.8.26.0000; Relator: Coimbra Schmidt; Órgão Julgador: **3º Grupo de Direito Público**; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 12ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 12/05/2014; Data de Registro: 12/05/2014)

Destarte, pelo meu voto, julgo improcedente a ação rescisória. Condeno a Fazenda a arcar com honorários de advogado no patamar mínimo sobre o valor da causa atualizado (R$ 150.000,00), nos termos do art. 85, § 2º e 3º do Código de Processo Civil.

Oficie-se à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo para o que entender cabível no tocante ao trabalho dos procuradores que atuaram nos Embargos à Execução n. 0006497-35.2011.8.26.0587.

Acesso ao Sumário

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2065235-40.2024.8.26.0000, da Comarca de Embu das Artes, em que é agravante LOGBRAS EMBU EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A., é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator que integra este Acórdão. **(Voto nº 37.377)**

O julgamento teve a participação dos Exmos Desembargadores MIGUEL PETRONI NETO (Presidente) e ROBERTO MAIA.

São Paulo, 1º de agosto de 2024.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: MEIO AMBIENTE – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE MULTA ADMINISTRATIVA – Insurgência contra o indeferimento de liminar para suspender os efeitos da sanção – Multa aplicada vez que constatado impedimento à regeneração natural da vegetação nativa em área de preservação permanente, consoante art. 49, *caput*, da Resolução SMA nº 48/2014 – Área invadida por terceiros – Ausente informação sobre a autoria dos atos danosos, praticados em imóvel rural pertencente à agravante que, "prima facie", não pode ser responsabilizada – Ademais, infração ambiental que não tem natureza tributária, mas, sim, administrativa, de forma que é possível a suspensão da exigibilidade se presentes os requisitos autorizadores do artigo 300 do CPC – Suspensão da exigibilidade e não inclusão do nome da agravante no CADIN até ulterior julgamento da lide condicionada à prestação de caução idônea – RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Agravo de instrumento interposto por **LOGBRAS EMBU EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S.A**. contra a respeitável decisão trasladada a fls. 36/40 que, nos autos da ação declaratória de nulidade de ato administrativo que move em face da **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, indeferiu a tutela de urgência, diante da presunção de veracidade e de legitimidade do ato administrativo vergastado.

Sustenta, em síntese, ser proprietária dos imóveis de matrícula nºs 724, 5.182 e 5.185 do CRI de Embu das Artes, situados em área de preservação permanente, os quais foram invadidos em razão da existência de loteamento irregular em terreno vizinho. Alega que, dada a complexidade da situação, está

impedida de exercer qualquer ato, inclusive, no sentido de retomar a posse do imóvel ou coibir a degradação ambiental verificada, mesmo já tendo interposto ação de reintegração. Aduz que foi surpreendida com a cobrança da multa em virtude da infração ambiental do art. 49, *caput*, da Resolução SMA nº 48/2014, no valor de R$.4.826,07, vez que não possui legitimidade para responder por violação que não deu causa, sendo incontroversa a invasão da área. Defende que a responsabilidade, na seara administrativa, é subjetiva, não havendo qualquer prova de que contribuiu, praticou ou concorreu para os supostos ilícitos, tendo sido a supressão da vegetação praticada pelos invasores. Diz que está tomando as medidas cabíveis para reaver a posse do imóvel. Afirma, por fim, a nulidade do auto de infração.

Pugna, preliminarmente, pela concessão de efeito suspensivo/ativo e, ao final, pelo provimento recursal, para que seja deferida a tutela de urgência, determinando-se a suspensão da exigibilidade da multa por infração ambiental, com vedação de inclusão de seu nome em serviços de proteção ao crédito.

Foi deferido o efeito suspensivo/ativo (fls. 176/177).

Intimada, a parte agravada apresentou contraminuta (fls. 190/194).

Remetidos os autos à Douta Procuradoria Geral de Justiça, opinou seu ilustre representante pelo provimento recursal (fls. 198/200).

Houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório, passo ao voto.

Não sendo obrigatória a requisição de informações, passe-se, de pronto, ao exame da controvérsia.

I – Pretende a autora a concessão de tutela de urgência para que seja determinada a suspensão da exigibilidade da multa e de todos os demais efeitos do auto de infração ambiental lavrado pela Polícia Militar Ambiental do Estado de São Paulo.

Nos termos do artigo 300 do CPC, a tutela provisória exige a probabilidade do direito da parte de ver anulada a penalidade imposta, situação que, *prima facie*, se vislumbra na hipótese dos autos.

A aplicação de sanção pela agravada consiste em ato administrativo, baseado em poder de polícia ambiental e que goza de presunção de legalidade e legitimidade.

No entanto, tal presunção foi, numa primeira análise, elidida no caso dos autos, verificando-se equivocada a autuação da parte autora pela prática das infrações ambientais descritas.

Isso porque, inviável atribuir à parte agravante a prática da infração ambiental, ausente prova de que tenha, criminosamente, realizado a degradação da área.

Segundo o auto de infração AIA nº 20180625006596-1, a autora foi penalizada por "*impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas ou demais*

formas de vegetação nativa em unidades de conservação ou outras áreas especialmente protegidas, quando couber, área de preservação permanente, reserva legal ou demais locais cuja regeneração tenha sido indicada pela autoridade ambiental competente" (fls. 128/129 – autos originários).

Nos relatos dos Policiais Militares Ambientais responsáveis pela autuação, constantes do boletim de ocorrência (fls. 137/138 – dos autos originários), foi destacado que a área, embora pertencente à empresa LOGBRAS, encontrava-se invadida por aproximadamente 100 famílias, as quais estariam vivendo no local em cerca de 60 moradias, sem infraestrutura, sendo o líder do assentamento o Sr. Washington Vilas Boas, representante do "Movimento Luta e Resistência em Prol da Moradia".

Relatou-se ainda que, em contato com o Sr. Francisco, representante da empresa agravante, este informou não ter conhecimento sobre os fatos verificados na vistoria.

Ato contínuo, considerando a agravante autora indireta das infrações ambientais, foi lavrado o auto de infração supramencionado.

Ocorre que a análise perfunctória dos documentos carreados aos autos principais permite concluir que a imposição de penalidade em desfavor da agravante fiou-se em elementos da responsabilidade objetiva por dano ambiental para sustentar a aplicação da multa, já que indicou a requerente pelo simples fato de ser a proprietária da área, o que não é pertinente para as hipóteses de responsabilidade administrativa, que exige o elemento subjetivo para a configuração da infração.

Não há, portanto, descrição de conduta comissiva supostamente perpetrada pela agravante, tornando duvidosa a configuração do nexo causal entre o dano ambiental e qualquer comportamento vedado pelo ordenamento.

Nesse sentido:

"Apelação – 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente – Ação anulatória de multa ambiental – Sentença de improcedência – Preliminares de "nulidade da cobrança pelas ilegalidades da intimação por edital e ausência de notificação do auto de inspeção" (relativo à vistoria feita no imóvel da apelante meses após a autuação) – Alegação, quanto ao mérito, de que os danos ao meio ambiente constatados na propriedade da apelante foram causados por terceiros que a teriam invadido – Ausência de prova de que a apelante praticou a conduta descrita no auto de infração – Ausência de impugnação da apelada acerca da alegação da apelante de que o imóvel fora invadido em data anterior a da constatação da queima irregular de resíduos mencionada nesse auto – Ocorrência de tal invasão que já foi reconhecida em outras ações envolvendo as mesmas partes – Responsabilidade ambiental no âmbito administrativo que é de ordem subjetiva, não se confundindo com a responsabilidade civil objetiva

Acesso ao Sumário

por danos ao meio ambiente – Precedentes – Nulidade da Certidão de Dívida Ativa que deve ser pronunciada – Recurso provido."[1]

"Ação anulatória – Propriedade que não estava na posse do autuado – Invasão de terceiros – Ausência do elemento subjetivo para formalizar a multa administrativa ambiental – Responsabilidade civil do proprietário para a reparação do dano que diverge da responsabilidade administrativa ambiental, essa de natureza subjetiva – Recurso provido."[2]

De mais a mais, cabe destacar que o crédito objeto dos autos não tem origem tributária, mas administrativa, porquanto se trata de multa por transgressão ambiental. Destarte, no caso *sub judice*, incidem as regras dispostas no art. 8º, *caput*, da Lei Estadual nº 12.799/2008 e, por analogia, o art. 7º da Lei Federal nº 10.522/2002, *in verbis*:

"Artigo 8º - O registro do devedor no CADIN ESTADUAL ficará suspenso na hipótese de suspensão da exigibilidade da pendência objeto do registro, nos termos da lei".

"Art. 7º Será suspenso o registro no Cadin quando o devedor comprove que:

I - tenha ajuizado ação, com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou o seu valor, com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo, na forma da lei;

II - esteja suspensa a exigibilidade do crédito objeto do registro, nos termos da lei".

Nessa esteira, é possível o deferimento de tutela provisória para suspender a exigibilidade de crédito e, consequentemente, impedir ou levantar a inscrição do nome da devedora no CADIN, quando houver ajuizamento de ação para discutir a obrigação, **acompanhada de garantia idônea ao juízo.**

Nesse sentido, trilha a jurisprudência desta **C. 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente**:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ANULATÓRIA – MULTA AMBIENTAL – TUTELA ANTECIPADA – PEDIDO DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO DE CDA – OFERECIMENTO DE CAUÇÃO IDÔNEA (APÓLICE DE SEGURO GARANTIA) – CABIMENTO – INTELIGÊNCIA DO ART. 8º DA LEI ESTADUAL Nº 12.799/08 C/C ART. 7º DA LEI FEDERAL Nº 10.522/02, NORMAS QUE REGULAM O CADIN FEDERAL – RECURSO PROVIDO. A multa ambiental, que não tem natureza tributária, não se submete à disciplina do art. 151 do CTN, diante da existência de norma especial que regula hipótese semelhante, ora aplicada por analogia, conforme precedentes da 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do TJSP. Ademais, a caução oferecida (apólice de seguro garantia), no caso, deve ser considerada idônea, mormente em casos como o ora analisado, em que a parte zelosa se antecipa e ajuíza ação com o fim de defender seus

Acesso ao Sumário

1 Apelação Cível 1040339-98.2017.8.26.0224, Rel. Des. Otavio Rocha, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, j. 25/03/2021.

2 Apelação Cível 1040340-83.2017.8.26.0224, Rel. Des. Miguel Petroni Neto, 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, j. 16/05/2019.

próprios interesses, demonstrando que tem razões relevantes para evitar o comprometimento de seu nome e de suas atividades e que tem capacidade econômica de fazer frente a eventual revés na decisão final, razão por que não há óbice legal para que, assegurada a garantia do Estado, se defira medida capaz de manter o equilíbrio entre os interesses contrapostos."[3].

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Infração ambiental. Procedimento comum. Decisão agravada que indeferiu a antecipação da tutela requerida, pois não verificou superada a presunção de legitimidade e veracidade do ato impugnado, demandando a situação fática apresentada pela autora melhor instrução do processo. Inconformismo da autora. Pretensão de reforma da decisão para suspender a exigibilidade da multa imposta e, consequentemente, proibir a inscrição no CADIN Estadual, a realização de protesto em cartório e a cobrança judicial. Admissibilidade da postulação recursal. Seguro garantia ofertado pela agravante. Caução idônea. Suspensão da exigibilidade da multa ambiental, que não tem natureza tributária, deixando de se submeter à disciplina do artigo 151 do Código Tributário Nacional. Ademais, conquanto as alegações trazidas pela recorrente devam ser submetidas ao contraditório e requeiram melhor instrução processual, como bem asseverou o magistrado "a quo", ao menos nesta fase processual e, em casos como o aqui "sub judice", em que a parte ajuíza ação para defender seus interesses e demonstra ter motivos suficientes para evitar o comprometimento de seu nome e de suas atividades, possuindo, ainda, capacidade econômica de fazer frente à eventual decisão final contrária, não há óbice legal para que, assegurada a garantia do órgão estatal, conceda-se a tutela antecipada para suspender a exigibilidade do crédito. Decisão reformada. Recurso provido."[4].

Dessa forma, presentes os requisitos e os pressupostos necessários, que evidenciam a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, a teor do art. 300, *caput*, do CPC/2015, nessa fase de cognição superficial, de rigor, a concessão da tutela provisória perseguida, a fim de suspender a exigibilidade da multa imposta à agravante, até o ulterior julgamento do feito, ato condicionado à prestação de caução idônea, nos termos da lei de regência.

II – Ante o exposto, e pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO ao recurso, nos termos acima alinhavados.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0145530-84.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e ESTADO DE SÃO PAULO, são

3 Agravo de Instrumento nº 2003158-68.2019.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Ayrosa, j. 04/02/2019.

4 Agravo de Instrumento nº 2188325-95.2018.8.26.0000, Rel. Des. Roberto Maia, j. 13/12/2018.

agravados JG RODRIGUES & CIA LTDA., DOLORES RODRIGUES GARCIA, FRANCISCO GARCIA RODRIGUES e JOSÉ ANSELMO GARCIA RODRIGUES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso e mantiveram o Acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8.238)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO GALIZIA (Presidente) e TERESA RAMOS MARQUES.

São Paulo, 15 de agosto de 2024.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: EXECUÇÃO FISCAL. Prescrição intercorrente. Tema STJ nº 444. – 1. Tema STJ nº 444. No julgamento do REsp nº 1.554.175-SP, 1ª Seção, 8-5-2019, Rel. Herman Benjamin, Tema nº 444, o Superior Tribunal de Justiça distinguiu o termo inicial da prescrição para a inclusão dos sócios-gerentes no polo passivo da execução, a depender do momento da dissolução irregular da empresa; conforme constou do acórdão, o prazo para redirecionamento da execução fiscal é de cinco anos (a) contado da diligência de citação da pessoa jurídica, quando o referido ato ilícito previsto no art. 135, III do CTN for precedente a este ato processual; (b) contado da data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos dos art. 593 do CPC/73 e art. 185 do CTN, quando o ato de dissolução irregular for subsequente à citação positiva do sujeito passivo devedor original, tendo em vista que o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 185 do CTN. – 2. Sócios. Prescrição. Assentou-se no Tema STJ nº 444 que o termo inicial da prescrição é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário. No caso dos autos, a inclusão dos sócios foi solicitada em 10-10-2011, mais de 5 anos desde que não encontrados os bens penhorados e da constatação de encerramento do estabelecimento em São Paulo, situações certificadas nos autos em 11-4-2004. Em assim sendo, o acórdão não contraria a tese firmada no Tema STJ nº 444. – Prescrição. Recurso desprovido. Acórdão mantido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de agravo contra a decisão de fls. 117, aqui fls. 132, que reconheceu a prescrição intercorrente 'ex officio' e indeferiu o pedido de inclusão dos sócios na execução fiscal, determinando que os autos aguardassem em arquivo em relação à devedora principal.

A Câmara, por unanimidade, em 5-8-2013 negou provimento ao recurso (fls. 138/141). O Estado interpôs recurso especial, não respondido (fls. 144/157, 159). O Presidente da Seção de Direito Público, considerando o julgamento de mérito do REsp nº 1.201.993-SP e a fixação do Tema STJ nº 444, determinou a devolução dos autos à turma julgadora para que o colegiado realize o juízo de conformidade (fls. 161/162).

É o relatório.

2. No REsp nº 1.201.993-SP, 1ª Seção, 8-5-2019, Rel. Herman Benjamin, Tema nº 444, o Superior Tribunal de Justiça distinguiu o termo inicial da prescrição para a inclusão dos sócios-gerentes no polo passivo da execução, a depender do momento da dissolução irregular da empresa. Como constou do acórdão, o prazo para redirecionamento da execução fiscal é de cinco anos (a) contados da diligência de citação da pessoa jurídica, quando o referido ato ilícito previsto no art. 135, III do CTN for precedente a este ato processual; (b) contados da data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco nos termos dos art. 593 do CPC/73 e art. 185 do CTN, quando o ato de dissolução irregular for subsequente à citação positiva do sujeito passivo devedor original, tendo em vista que o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 185 do CTN.

3. A Fazenda Estadual propôs execução fiscal contra J G RODIGUES & CIA LTDA. em 15-1-1996, indicando como corresponsáveis os sócios Dolores Rodrigues Garcia, Francisco Garcia Rodrigues e José Anselmo Garcia Rodrigues (fls. 2/4, aqui fls. 17/19); em 23-2-1996 a executada foi citada, penhorando-se bens indicados no auto de penhora (fls. Fls. 7/8, aqui fls. 23/24). Houve embargos, de conclusão em data não declinada. Em 9-2-2004 a Fazenda pediu a designação de leilão, a denotar que nada impedia o prosseguimento da execução (fls. 13, aqui fls. 29). Em 11-4-2005 foi certificado o encerramento do estabelecimento de São Paulo e os bens penhorados não foram encontrados (fls. 31, aqui fls. 47). Em 10-10-2011 a Fazenda requereu a inclusão dos sócios no polo passivo (fls. 105, aqui fls. 120). O pedido foi indeferido em 21-8-2012, por prescrição (fls. 117, aqui fls. 132).

Assentou-se no Tema STJ nº 444 que o termo inicial da prescrição é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação

Acesso ao Sumário

do crédito tributário. No caso dos autos, a inclusão dos sócios foi solicitada em 10-10-2011 (fls. 105, aqui fls. 120), mais de 5 anos desde que não encontrados os bens penhorados e da constatação de encerramento do estabelecimento em São Paulo, situações certificadas nos autos em 11-4-2005 (fls. 31, aqui fls. 47). Em assim sendo, o acórdão não contraria a tese firmada no Tema STJ nº 444.

O voto é pela **manutenção do acórdão.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2202239-22.2024.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que são agravantes IASCJ - CENTRO UNIVERSITÁRIO SAGRADO CORAÇÃO - UNISAGRADO e INSTITUTO DAS APÓSTOLAS DO SAGRADO CORAÇÃO DE JESUS - UNISAGRADO STORE, é agravado MUNICÍPIO DE BAURU.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após sustentação oral da Dra. Juliana Villela Antunes, OAB/SP 324.596, negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 55.870)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente), BEATRIZ BRAGA e HENRIQUE HARRIS JÚNIOR.

São Paulo, 15 de agosto de 2024.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ORDINÁRIA – Agravantes que visam à concessão de tutela provisória de urgência, para o fim de suspender-se a exigibilidade das taxas lançadas pelo Município de Bauru (Taxa de Ações de Vigilância à Saúde e Taxa de Localização e Funcionamento) – Descabimento – Inexistência de elementos suficientes que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo da demora – Exegese do disposto no artigo 300 do CPC – Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

INSTITUTO DAS APÓSTOLAS DO SAGRADO CORAÇÃO DE JESUS E OUTRO, nos autos de ação ordinária (proc. n. 1006507-04.2024.8.26.0071, da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Bauru), que propõem contra a **PREFEITURA MUNICIPAL DE BAURU**, interpõem re-

curso de agravo de instrumento contra a r. decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido de concessão de tutela provisória de urgência, para o fim de suspender-se a exigibilidade das taxas lançadas pelo Município de Bauru (Taxa de Ações de Vigilância à Saúde e Taxa de Localização e Funcionamento). As recorrentes alegam a existência dos requisitos necessários à antecipação da tutela, a teor do art. 300, *caput* e § 3º, do Código de Processo Civil, haja vista a imunidade tributária que possuem. Requerem, assim, a concessão da antecipação da tutela recursal, com o posterior provimento do recurso, reformando-se a r. decisão recorrida, nos termos pleiteados.

Foi determinada a imediata ida dos autos à Mesa.

É o relatório.

Malgrado a combatividade dos dignos procuradores das agravantes, entende-se que o recurso interposto *não reúne condições de ser provido.*

Senão, vejamos.

Inicialmente, impõe-se ressaltar que a presente análise consiste, *exclusivamente*, em examinar-se a correção ou não do indeferimento do pedido de concessão da tutela provisória de urgência, para os fins sobreditos.

Com efeito, não há, ainda, elementos suficientes nos autos para antecipar, de forma segura, os pedidos formulados em exordial.

Isto, pois, como bem ressaltou a r. decisão de primeiro grau:

"*No caso, a causa de pedir reside na não concessão de isenção tributária às autoras, devido a questionamento quanto ao objeto social não estar relacionado à finalidade sem fins lucrativos*.

"*Em que pese a argumentação autoral, não se evidencia a probabilidade do direito alegado neste momento inicial, posto que além de não haver anotação em sua constituição perante a receita federal de não ser de cunho filantropo, não resta evidenciado que toda sua arrecadação é destinada aos fins sociais.*

"*Diante da ausência de prova inequívoca da verossimilhança da alegação, necessária se faz a dilação probatória com vistas ao estabelecimento do contraditório.*

"*Ademais, assim como em outros feitos semelhantes postos à análise deste Juízo, para a pretensão ora buscada, a suspensão da exigibilidade poderia ser deferida caso houvesse a comprovação do cumprimento do art. 151, II, do CTN, depositando-se em Juízo o valor discutido.*

"*Por outro lado, não se depreende débitos em aberto, não havendo urgência para o caso ora posto, ou mesmo perigo ao resultado útil do processo, que justificasse o deferimento liminar*." (fl. 202 dos autos principais).

Dessarte, embora não seja o momento oportuno para decidir-se de forma inequívoca, *a priori*, não restam totalmente configuradas a probabilidade do direito (imunidade tributária) e o perigo da demora da prestação jurisdicional.

Diante do cenário delineado e da ausência do preenchimento completo

dos requisitos previstos no artigo 300 do CPC, imperiosa é a *manutenção* da r. decisão recorrida, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, aos quais se adicionam os do presente voto.

Com isto, **nega-se provimento** ao recurso.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1024346-92.2022.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada SPAL INDÚSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS S/A.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após a sustentação oral do Dr. Fernando Augusto Watanabe Silva, negaram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.300)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 1º de julho de 2024.

FRANCISCO BIANCO, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO – EMBARGOS DO DEVEDOR – EXECUÇÃO FISCAL – DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO – IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO (ICMS) – AUTO DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA (AIIM) – CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA (CDA) – COBRANÇA ANTECIPADA – ARTIGO 426-A DO RICMS/SP – PRETENSÃO À NULIDADE DO REFERIDO AIIM – POSSIBILIDADE – PRETENSÃO À EXTINÇÃO DA REFERIDA COBRANÇA EXECUTIVA FISCAL – POSSIBILIDADE. 1. Inicialmente, matéria preliminar, arguida pela parte executada, nas contrarrazões

Acesso ao Sumário

recursais, relacionada à inobservância do disposto no artigo 1.010, incisos II e III, do CPC/15, rejeitada. 2. No mérito da lide, o artigo 2º, § 3º-A, da Lei Estadual nº 6.374/89, fundamento para a cobrança antecipada do ICMS, próprio, nas operações interestaduais de aquisição de mercadoria, ou seja, sem a substituição tributária, é genérica e inapta para amparar a exação tributária. 3. Violação ao princípio da legalidade tributária, previsto no artigo 150, inciso I, da CF, caracterizada. 4. Inaplicabilidade, ainda, do disposto no artigo 426-A do RICMS/SP à cobrança do imposto nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária, submetidas à reserva de Lei Complementar Federal, conforme dispõe o artigo 155, § 2º, XII, "b", da CF (Tema nº 456, do C. STF). 5. Precedentes da jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça e, inclusive desta C. 5ª Câmara de Direito Público. 6. Arbitramento de honorários advocatícios recursais, em favor da parte vencedora, a título de observação, nos termos do artigo 85, § 11, do CPC/15. 7. Embargos do Devedor à Execução Fiscal, acolhidos, em Primeiro Grau de Jurisdição. 8. Sentença, recorrida, ratificada. 9. Recurso de apelação, apresentado pela parte exequente, desprovido, com observação.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação, interposto contra a r. sentença de fls. 1.221/1.237, integrada a fls. 1.260, que acolheu os Embargos do Devedor à Execução Fiscal, para o seguinte: a) reconhecer a nulidade do Auto de Infração e Imposição de Multa AIIM nº 4.094.207-7, consubstanciado na Certidão de Dívida Ativa - CDA nº 1.340.598.029, decorrente do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS; b) extinguir, por via de consequência, o respectivo processo executivo nº 1502803-73.2022.8.26.0562, com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, I, do CPC/15. Em razão da sucumbência, a parte vencida foi condenada, ainda, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados no valor correspondente a 10%, sobre o montante atribuído à causa.

A parte exequente, nas razões recursais, sustentou, em resumo, a inversão do resultado inicial da lide.

O recurso de apelação, tempestivo e isento de preparo, foi recebido nos

Acesso ao Sumário

regulares efeitos e respondido.

É o relatório.

Pondere-se, desde logo, a inexistência de reexame necessário, tendo em vista o disposto no artigo 496, § 1º, do CPC/15.

O recurso de apelação, apresentado pela parte exequente, não merece provimento, devendo prevalecer a r. sentença de Primeiro Grau de Jurisdição, que deu a melhor solução ao caso concreto, com observação.

Trata-se de Embargos do Devedor à Execução Fiscal, objetivando o seguinte: a) reconhecimento da nulidade do Auto de Infração e Imposição de Multa - AIIM nº 4.094.207-7, consubstanciado na Certidão de Dívida Ativa - CDA nº 1.340.598.029, decorrente do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS; b) extinção, por via de consequência, do respectivo processo executivo nº 1502803-73.2022.8.26.0562, com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, I, do CPC/15.

Inicialmente, a matéria preliminar, arguida pela parte executada, nas contrarrazões recursais, relacionada à inobservância do disposto no artigo 1.010, incisos II e III, do CPC/15, deve ser rejeitada.

Com efeito. Os argumentos constantes das razões do recurso de apelação são aptos, em tese, ao reexame da r. sentença ora impugnada, consoante os respectivos limites estabelecidos, máxime, no que diz respeito à aplicação, ou não, do Tema nº 456, do C. STF.

Superada a matéria preliminar e prejudicial, enfrenta-se o mérito da lide.

No mérito, os elementos de convicção produzidos nos autos autorizam o acolhimento da pretensão deduzida pela parte executada na petição inicial. Isso porque, é possível vislumbrar a presença e a existência de irregularidade, ilegalidade e nulidade manifesta no ato administrativo ora impugnado, passíveis de reconhecimento e correção.

Pois bem. O C. STF, na ocasião do julgamento do RE nº 598.677/RS (*Rel. o Min. Dias Toffoli; j. 29.3.21*), fixou a seguinte tese jurídica de Repercussão Geral (*Tema nº 456*): "*A antecipação, sem substituição tributária, do pagamento do ICMS para momento anterior à ocorrência do fato gerador necessita de lei em sentido estrito. A substituição tributária progressiva do ICMS reclama previsão em lei complementar federal.*"

De outra parte, aplicar-se-á a tese vinculante, acima citada, à hipótese dos autos, ainda que a situação concreta, analisada naquele precedente da jurisprudência, seja do Estado do Rio Grande do Sul.

Ademais, a norma jurídica do Estado de São Paulo (*artigo 2º, § 3º-A, da Lei Estadual nº 6.374/89*), fundamento para a cobrança antecipada do ICMS, próprio, nas operações interestaduais de aquisição de mercadoria, ou seja, sem a substituição tributária, é genérica e inapta para amparar a exação tributária. Confira-se:

Acesso ao Sumário

"Artigo 2º - Ocorre o fato gerador do imposto:
(...)
§ 3º-A - Poderá ser exigido o pagamento ***antecipado*** *do imposto,* ***conforme*** *disposto no* ***regulamento****, relativamente a operações, prestações, atividades ou categorias de contribuintes,* ***na forma estabelecida pelo Poder Executivo****."* (destaques acrescidos)

Como se vê, a norma jurídica, acima citada, sequer prevê o momento para o recolhimento antecipado de ICMS.

Na realidade, permitiu a análise da matéria tributária, mediante a instituição de inadequado critério temporal do fato gerador do Tributo, de acordo com a conveniência e a oportunidade administrativa. E, tal situação, por óbvio, é inadmissível, ante o princípio da legalidade tributária, previsto no artigo 150, inciso I, da CF. Em outras palavras, o artigo 2º, § 3º-A, da Lei Estadual nº 6.374/89 é incapaz de amparar a cobrança do ICMS de forma antecipada.

Além disso, o artigo 426-A do RICMS/SP não ostenta, igualmente, adequado fundamento legal, em sentido estrito. Afinal, é inaplicável à cobrança do imposto nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária, submetidas à reserva de Lei Complementar Federal, conforme o artigo 155, § 2º, XII, "b", da CF (Tema nº 456, do C. STF).

Mas não é só. É inocorrente a presença de qualquer violação às normas e as regras que dispõem a respeito da substituição tributária, prevista no artigo 150, § 7º, da CF (*artigos 6º a 9º da LCF nº 87/96 e 66-A a 66-H da Lei Estadual nº 6.374/89*). Fica o registro!

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 CÍVEL – ANULATÓRIA – Débitos de ICMS – AIIM lavrado pelo não recolhimento antecipado do imposto em mercadorias remetidas de outro Estado – Inaplicabilidade do disposto no art. 426-A do RICMS para o recolhimento antecipado de ICMS-ST em operações interestaduais – Norma regulamentar que encontra fundamento de validade em delegação legal genérica, o que contraria a tese fixada no julgamento do Tema 456 da repercussão geral – AIIM parcialmente anulado – Sentença Mantida – Recurso improvido.*" (TJSP; Apelação nº 1001980-52.2021.8.26.0220; Rel. o Des. José Luiz Gavião de Almeida; E. 3ª Câmara de Direito Público; Julgado em 19.4.22)

"*APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. Pretensão de reconhecimento do direito de obstar a cobrança antecipada de ICMS devido em operações de aquisição de mercadorias para revenda, advindas de outros Estados da Federação, na forma definida no art. 426-A e seguintes, do RICMS, tendo em vista a inconstitucionalidade do referido dispositivo. Admissibilidade parcial. Reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 598.677 (Tema nº 456), de que "a antecipa-*

Acesso ao Sumário

ção, sem substituição tributária, do pagamento do ICMS para momento anterior à ocorrência do fato gerador necessita de lei em sentido estrito. A substituição tributária progressiva do ICMS reclama previsão em lei complementar federal". Caso dos autos em que a pretensão veiculada no mandamus se dirige ao recolhimento do imposto tanto nas operações próprias da contribuinte, quanto naquelas sujeitas ao regime de substituição tributária. Precedente vinculante que exige a edição de lei em sentido formal apenas para as hipóteses de cobrança antecipada do imposto derivado de operações próprias. Necessidade de se afastar a pretensão da impetrante em relação à exação não abarcada no julgado paradigmático. Quanto ao pleito de reconhecimento de inconstitucionalidade do aludido dispositivo regulamentar, em relação às operações figuradas no precedente do Excelso Pretório, restou demonstrado o direito líquido e certo da postulante. Previsão do art. 2º, §3º-A, da Lei Estadual nº 6.374/89, que delega, de forma genérica e ilimitada, a disciplina do recolhimento antecipado do imposto ao Poder Executivo Estadual, em flagrante desacordo ao quanto assentado no Tema nº 456, do STF. Sentença reformada em parte. Apelo fazendário e reexame necessário parcialmente providos." (TJSP; Apelação nº 1007475-93.2021.8.26.0053; Rel. o Des. Bandeira Lins; E. 8ª Câmara de Direito Público; Julgado em 9.3.22)

"*MANDADO DE SEGURANÇA. Pretensão do impetrante de afastar os efeitos concretos do art. 426- A do RICMS/SP, atinente ao recolhimento antecipado de ICMS em operações interestaduais. POSSIBILIDADE. Aplicação do Tema nº 456 do Supremo Tribunal Federal: "No regime de antecipação tributária sem substituição, o que se antecipa é o critério temporal da hipótese de incidência, sendo inconstitucionais a regulação da matéria por decreto do Poder Executivo e a delegação genérica contida em lei, já que o momento da ocorrência de fato gerador é um dos aspectos da regra matriz de incidência submetido a reserva legal" Inconstitucionalidade reconhecida pela existência de lei genérica como observado no artigo 2º, § 3º-A, da Lei Estadual nº 6.374/1989, que embasa o artigo 426- A do RICMS (Decreto nº 45.490/2000) Precedentes desta E. Corte em casos semelhantes. R. sentença que concedeu a segurança integralmente mantida. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO*." (TJSP; Apelação nº 1006039-02.2021.8.26.0053; Rel. a Des. Flora Maria Nesi Tossi Silva; E. 13ª Câmara de Direito Público; Julgado em 26.1.22)

"*Embargos de declaração – Interposição fundada no artigo 1.022, inciso II, do Código de Processo Civil – Alegação de omissão – Caráter infringente – Reconhecimento dos reclamos e consequente integração do julgado – Acolhimento dos embargos com efeito modificativo, para esclarecimentos que constarão no corpo do acórdão. MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração para o fim de afastar os efeitos concretos do artigo 426-A do RICMS/SP, atinente ao recolhimento antecipado de ICMS em operações interestaduais – Aplicação do Tema nº 456 do Su-*

Acesso ao Sumário

premo Tribunal Federal: "No regime de antecipação tributária sem substituição, o que se antecipa é o critério temporal da hipótese de incidência, sendo inconstitucionais a regulação da matéria por decreto do Poder Executivo e a delegação genérica contida em lei, já que o momento da ocorrência de fato gerador é um dos aspectos da regra matriz de incidência submetido a reserva legal" – Inconstitucionalidade reconhecida pela existência de lei genérica como observado no artigo 2º, § 3º-A, da Lei Estadual nº 6.374/1989, que embasa o artigo 426-A do RICMS (Decreto nº 45.490/2000) – Pleitos sucessivos inviáveis – Inteligência da Súmula nº 271 do Supremo Tribunal Federal – Impossibilidade de compensação por ausência de lei regulamentadora da matéria nos termos do artigo 170 do Código Tributário Nacional – Apelação da autora provida." (TJSP; Embargos de Declaração nº 1021765-85.2021.8.26.0224; Rel. o Des. Fermino Magnani Filho; E. 5ª Câmara de Direito Público; Julgado em 2.3.22)

Finalmente, considerando o trabalho adicional do profissional e representante da parte vencedora, é imperioso o arbitramento de honorários advocatícios recursais, a título de observação, no valor correspondente a 2%, sobre o montante atribuído à causa, nos termos do artigo 85, § 11, do CPC/15.

Portanto, o acolhimento dos Embargos do Devedor à Execução Fiscal era mesmo de absoluto rigor, não merecendo nenhuma alteração, mas, com observação, no tocante ao arbitramento de honorários advocatícios recursais, nos exatos termos da fundamentação.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação, apresentado pela parte exequente, ratificando, na íntegra, a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1090713-39.2023.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado MEDEVICES PRODUTOS MÉDICOS E HOSPITALARES LTDA.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após as sustentações orais dos(as) Drs(as). Graziella Moliterni Benvenuti e Fabio Luiz Soares Santos, deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.043)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FRANCISCO BIANCO e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 1º de julho de 2024.

FERMINO MAGNANI FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA – Pedido de pagamento de consectários contratuais referentes a notas de empenho pagas em atraso pela Fazenda Paulista – Preliminar de competência absoluta do JEFAZ – Autora que era Sociedade Empresária Limitada quando do ajuizamento, não podendo demandar no JEFAZ conforme art. 5º, inc. I, da Lei Federal nº 12.153/2009 – Preliminar rejeitada.

LITIGÂNCIA PREDATÓRIA – Ajuizamento de 86 ações de cobrança de valor irrisório pela empresa Medevices Produtos Médicos e Hospitalares Ltda, com o objetivo ilegítimo de gerar honorários sucumbenciais muito maiores que o valor total da cobrança – Ações que poderiam ter sido cumuladas nos termos do art. 327 do Cód. Proc. Civil, em atenção aos princípios da boa-fé e da economia processual – Necessária imposição de multa por litigância de má-fé, conforme art. 80, incisos III e V, do Cód. Proc. Civil – Precedentes jurisprudenciais – Multa arbitrada em cinco salários mínimos, nos termos do art. 81, § 2º, do Cód. Proc. Civil.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS – Mesmo se tratando de causa com valor irrisório, impossibilidade de fixação da verba honorária por equidade a fim de impedir que a litigância predatória seja premiada – Honorários sucumbenciais fixados em 10% do valor da causa conforme art. 85, §§ 2º e 3º, do Cód. Proc. Civil – Determinação de expedição de ofícios ao NUMOPEDE da Corregedoria Geral da Justiça e à OAB/SP, para apurar a conduta dos advogados – Apelação fazendária provida.

VOTO

Vistos.

Apelação tempestiva interposta pela Fazenda Paulista contra r. sentença do digno Juízo da 15ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital (fls 190/198), que julgou procedente ação ajuizada por Medevices Produtos Médicos e Hospitalares Ltda, visando à cobrança de consectários legais referentes a mercadorias de seu ramo comercial, licitadas e entregues, mas cujas notas de empenho não foram pagas em até 30 dias após o recebimento.

Recurso fundado, em síntese, nestas teses: a) competência absoluta do

Acesso ao Sumário

Juizado Especial da Fazenda Pública pelo valor da causa; b) litigância de má-fé - litigância predatória; c) aplicação do artigo 85, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil sobre os honorários de sucumbência (fls 203/216).

Apelo respondido (fls 228/240).

É o relatório.

1- De início, rejeito a preliminar de competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública.

Quando do ajuizamento desta ação em 29/12/2023, a autora era enquadrada como Sociedade Empresária Limitada (fls 241), de tal modo que não poderia demandar no Juizado Especial da Fazenda Pública, o que é cabível tão somente para microempresas e empresas de pequeno porte, conforme artigo 5º, inciso I, da Lei nº 12.153/2009.

2- Ao mérito:

Medevices Produtos Médicos e Hospitalares Ltda. cobra da Fazenda Paulista consectários legais referentes a mercadorias de seu ramo comercial, licitadas e entregues, mas cujas notas de empenho não foram pagas em até 30 dias após o recebimento.

Alega a Fazenda Paulista que esta ação é parte de um esquema de litigância predatória, pois a autora ajuizou 86 ações similares, uma para cada pagamento atrasado, com valores de causa ínfimos, a fim de gerar honorários advocatícios fixados por equidade em montante muito superior aos consectários legais contratuais devidos pelo Fisco.

De fato, a apelante listou 86 ações ajuizadas por Medevices Produtos Médicos e Hospitalares Ltda. (fls 206/209), todas elas com o mesmo intuito de cobrança de consectários legais.

O valor individual dessas causas é ínfimo e, portanto, geraria em tese honorários advocatícios fixados por equidade. Nestes autos, por exemplo, o valor da causa foi de R$ 404,97 (fls 8), e os honorários fixados em R$ 1.000,00 (fls 198) – mais que o dobro!

Há caso em que a autora ajuizou ação para cobrar míseros R$ 8,17 (fls 208 - processo nº 1091008-76.2023.8.26.0053).

Ora, se de um lado o dever de pagar os consectários legais pelo atraso contratual é incontroverso, por outro lado é obrigação do advogado prezar pela boa-fé e economia processual. Seria, pois, o caso de, nos termos do artigo 327 do Código de Processo Civil, cumular os pedidos das 86 ações numa cobrança única de R$ 23.578,34, com a consequente verba honorária em torno de R$ 2.357,83.

Mas ele optou por ajuizar 86 ações individuais de valores ínfimos. Se fixados honorários equitativos em R$ 1.000,00 em cada uma dessas, o advogado receberia R$ 86.000,00 de honorários sucumbenciais quase o quádruplo do valor total da cobrança. Conduta que evidencia a litigância predatória, com

Acesso ao Sumário

tentativa de enriquecimento ilegítimo às custas do erário.

3- Escancarado o uso do processo para obtenção de ganho ilegítimo e a má conduta processual temerária, de rigor a fixação de multa por litigância de má-fé nos termos do artigo 80, incisos III e V, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, decidiu este Tribunal:

AÇÃO REVISIONAL – SENTENÇA DE EXTINÇÃO – APELAÇÃO DA AUTORA IMPROVIDA – INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL – DETERMINAÇÃO DE EMENDA À INICIAL NÃO CUMPRIDA PELA AUTORA – EXTINÇÃO DO PROCESSO – Trata-se de ação através da qual a autora busca a revisão das taxas de juros aplicadas em empréstimo consignado – Pedido formulado em petição inicial padronizada – O juízo de primeiro grau determinou a emenda à inicial, para que a autora (a) comprovasse o prévio requerimento administrativo, junto ao Procon ou qualquer outro site disponível, como Reclame Aqui ou Consumidor.gov. ou qualquer outro site, com prazo razoável, no canal adequado e instruído com procuração, caso realizado por advogado; (b) juntasse comprovante de endereço, informasse seu e-mail e telefone, bem como declarasse de próprio punho os fatos que levaram ao ajuizamento desta ação e (c) providenciasse a regularização de sua representação processual, juntando aos autos nova procuração específica ao processo, com firma reconhecida, e contendo os dados concretos deste processo (número, nome dado a ação e contra quem é movida) – Nos termos do art. 320 do Código de Processo Civil, cabia à apelante instruir a petição inicial com os documentos indispensáveis à propositura da ação – Nesta linha, as determinações do juízo a quo se fizeram relevantes principalmente para se verificar o real propósito da autora quanto ao ajuizamento da ação – Diante do descumprimento do que lhe foi determinado e ausente qualquer justificativa para tanto, era mesmo caso aplicação da previsão contida no artigo 321 do Código de Processo Civil. EXPEDIENTE USADO PELA PARTE AUTORA DE FRAGMENTAÇÃO DO LITÍGIO – OPÇÃO DE MULTIPLICAÇÃO DE DEMANDAS PARA AMPLIAR VERBA HONORÁRIA – PRÁTICA DE LITIGÂNCIA DENOMINADA "PREDATÓRIA" – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – RECONHECIMENTO – MULTA PROCESSUAL – APLICAÇÃO – Caso peculiar – ***Promoção de doze ações diferentes contra o banco réu em uma conduta de "litigância predatória" – Constatou-se a falta de cooperação da parte e do advogado, num expediente de fragmentação proposital de demandas, caracterizando-se "litigância predatória", com o objetivo único de multiplicação de verba honorária*** *– Reconhecimento, de ofício, de litigância de má-fé com imposição de multa processual de R$ 127,94 (atualizados, a partir do ajuizamento da ação, pelos índices de correção monetária adotados pelo TJSP), na forma do art. 81, § 2º do CPC – Imposição, de ofício, de sanção processual à autora por litigância de má-fé – Indeferimento da petição inicial com extinção do processo sem resolução do mérito – Ação julgada extinta. SENTEN-*

Acesso ao Sumário

ÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO, COM DETERMINAÇÃO (Apelação Cível nº 1000235-07.2024.8.26.0390, 12ª Câmara de Direito Privado, relator Desembargador Alexandre David Malfatti, j. 05/06/2024; negritei).

APELAÇÃO – Compromisso de compra e venda – Ação de restituição de indébito – Sentença de improcedência – Inconformismo da autora – Alegada cobrança a maior das despesas cartorárias – Não cabimento. ***1- Diferença decorrente de renegociação do débito e juros por atraso. 2- Litigância de má-fé configurada, nos termos do art. 80, III e V, do CPC. Descumprimento do dever de cooperação, previsto no art. 6º do CPC. Litigância predatória que beneficia tão somente o advogado, sobrecarregando desnecessariamente o Poder Judiciário e prejudicando tanto a autora quanto a parte adversa, além de configurar exercício abusivo do direito de ação. Multa por litigância de má-fé que se mostra razoável, sendo aplicada em consonância com o disposto no art. 81, §§ 2º e 3º, do CPC*** *– Sentença mantida – Recurso a que se nega provimento* (Apelação Cível nº 1010920-05.2021.8.26.0576, 4ª Câmara de Direito Privado, relator Desembargador Maurício Campos da Silva Velho, j. 1º/09/2021; negritei).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Prestação de serviços – Telefonia – Uso predatório da Justiça – Decisão que condenou o autor às penas da litigância de má-fé, determinando a expedição de ofício à OAB para apuração de conduta ético-profissional do advogado, e indeferiu o pedido de justiça gratuita – Inconformismo do autor – Cabimento, em parte – Ajuizamento de duas demandas entre as mesmas partes, objetivando a discussão de um mesmo contrato, ainda que para discutir cobranças distintas – Afronta aos princípios da economia, eficiência e lealdade processuais e de cooperação entre as partes ***– Multiplicação de demandas injustificável, a revelar o uso predatório da Justiça, que, por possuir variados aspectos, encontra na situação dos autos uma de suas características, que é a de multiplicar indevidamente as demandas com finalidades outras que não a efetivação dos direitos – Caracterizada a atuação temerária motivadora da pena por litigância de má-fé prevista no artigo 80, III e V, do CPC*** *– Precedentes desta Corte – Razão somente quanto à concessão da gratuidade de justiça, pois o benefício não está atrelado à forma de atuação da parte no processo, conforme entendimento do C. STJ – Decisão reformada – Recurso provido, em parte* (Agravo de Instrumento nº 2082662-55.2021.8.26.0000, 29ª Câmara de Direito Privado, relator Desembargador Jayme de Oliveira, j. 31/08/2021; negritei).

Tratando-se de causa de valor irrisório, fixo a multa em cinco salários mínimos, nos termos do artigo 81, § 2º, do Código de Processo Civil. Montante do arbitramento em termo médio do previsto na legislação processual, justificado para conter o ímpeto onzenário documentado nestes autos.

4- Por fim, passo a questão da verba honorária.

É incontroverso que os consectários legais ora cobrados são devidos em

Acesso ao Sumário

função do atraso do pagamento pela Fazenda Paulista.

Contudo, como já explicado, não se pode premiar a má-fé da autora e seus advogados, que poderiam ter ajuizado uma única ação para a cobrança de todas as notas de empenho atrasadas, mas optaram por ajuizar 86 ações de valores irrisórios, com o fim ilícito de receber honorários sucumbenciais em valores muito maiores que os das próprias cobranças.

Não se ignora que o Tema 1.076/STJ pacificou o entendimento de que é cabível o arbitramento de verba honorária por equidade quando o valor da causa for muito baixo. Porém, nesse caso específico, o valor da causa só é muito baixo em função da estratégia de litigância predatória da autora e seus advogados, que não pode ser premiada.

Isto posto, de rigor a fixação da verba em 10% do valor da causa, nos termos do artigo 85, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil.

Por meu voto, dou provimento à apelação fazendária. Em consequência, fixo a multa por litigância de má-fé em 5 (cinco) salários mínimos, nos termos do artigo 81, § 2º, do Código de Processo Civil, e a verba honorária devida aos patronos da autora em 10% (dez por cento) do valor da causa, nos termos do artigo 85, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil.

No mais, oficie-se com cópia deste acórdão, para apuração da conduta dos advogados:

a) Ao Núcleo de Monitoramento dos Perfis de Demandas da Corregedoria Geral da Justiça - NUMOPEDE;

b) À Subseção São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1034226-49.2023.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MMI PSICOLOGIA LTDA., é apelado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.498)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente) e MARCELO L THEODÓSIO.

São Paulo, 4 de julho de 2024.

RICARDO CHIMENTI, Relator

Ementa: Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídico- Tributária c.c Repetição de Indébito Fiscal. ISS. Sociedade de psicólogos. Alegação de

Acesso ao Sumário

ilegal desenquadramento do regime tributário especial reservado às sociedades uniprofissionais não empresariais, previsto no Decreto-lei n. 406/1968, ante o preenchimento, a seu ver, de todos os requisitos legalmente exigidos. Sentença que julgou improcedente a ação. Pretensão à reforma. Acolhimento. Contestação que deixa patente que o desenquadramento do regime tributário mais benéfico teve como único motivo o descumprimento de obrigação acessória (ausência de Declaração Anual D-SUP). Regime especial de recolhimento de ISS destinado às sociedades uniprofissionais não empresariais previsto no Decreto-lei n. 406/1968. Contrato Social que comprova que a impetrante faz jus à benesse fiscal, nos termos do artigo 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei 406/1968. Precedentes do STJ e deste Tribunal Estadual. Descumprimento de obrigação acessória que, por si só, não afasta o direito ao recolhimento diferenciado garantido às sociedades uniprofissionais. De rigor o imediato reenquadramento ao regime tributário especial e a restituição de indébito, observada a prescrição quinquenal (artigo 1º do Decreto n. 20.910/1932 c.c artigo 168, I, do CTN). Artigo 166 do CTN. Inaplicabilidade no caso concreto. Critérios de recomposição monetária. Observação. Sentença reformada. Recurso provido.

VOTO

I – Relatório

Trata-se de recurso de apelação (p. 112/123) interposto por **MMI Psicologia Ltda.** em face da r. sentença de p. 95/100 e 107, a qual, nos autos de Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídico-Tributária c.c Repetição de Indébito Fiscal ajuizada em face de **Município de São Paulo**, em sede de Embargos de Declaração (p. 104/105), manteve a sentença que julgou improcedente o pedido. Em razão da sucumbência, condenou a parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor dado à causa.

Alega a apelante, em síntese, que *(I)* embora tenha concluído pela improcedência da ação, o juízo *a quo* reconheceu o preenchimento de todos os requisitos necessários para gozo do regime tributário mais benéfico; *(II)* é uma sociedade de psicólogas, devidamente registrada no Conselho Regional de Psicologia de São Paulo, e as atividades realizadas pela Recorrente são desenvolvidas por suas sócias de forma pessoal; *(III)* a cobrança do ISS com base nos serviços é

Acesso ao Sumário

evidentemente inconstitucional e ilegal devido à violação do aspecto quantitativo da hipótese de incidência tributária no caso concreto; *(IV)* a tributação, na forma como recai sobre a recorrente, mostra-se ilegal, prejudica sua capacidade contributiva e significa a utilização do tributo com efeito de confisco, a violar a norma contida nos artigos 145, § 1º, e 150, IV, da CF; *(V)* o requerimento administrativo prévio configura um entrave ao acesso jurisdicional garantido constitucionalmente a todos, como princípio da inafastabilidade da jurisdição (direito fundamental). Requer a reforma da r. sentença recorrida, nos termos das razões recursais (p. 112/123).

Em suas contrarrazões, a municipalidade apelada sustenta, em síntese, que *(I)* a petição inicial não deixa claro o motivo do desenquadramento, de forma que deve ser reconhecida a ausência de causa de pedir; *(II)* deve ser reconhecida a prescrição da pretensão repetitória (Decreto n. 20.910/1932), já que o ato de desenquadramento data de 18/02/2018; *(III)* não há provas de que a autora possui direito à restituição de tais tributos. Requer o desprovimento do recurso (p. 131/138).

A autora/apelante apresentou oposição ao julgamento virtual (Resolução 903/2023).

II – Fundamentação

O recurso, tempestivo (p. 110) e preparado (p. 124/125), comporta provimento.

Quanto ao regime de recolhimento de ISS reservado às sociedades uniprofissionais não empresárias, conquanto haja ainda quem sustente a revogação do artigo 9º do Decreto-lei n. 406/68 pela Lei Complementar n. 116/03, a questão já foi bastante discutida no Judiciário e o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento em sentido contrário. Com efeito, "**segundo a jurisprudência firmada no âmbito da 1ª Seção do STJ, o tratamento diferenciado dispensado às sociedades profissionais, nos moldes do artigo 9º do Decreto-Lei 406/68, não foi revogado pela Lei Complementar 116/03**" (REsp 919.067/MG – Data do Julgamento: 02/08/2011).

Assim dispõe o artigo 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei 406/1968:

Art. 9º. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 1º. Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

[...]

§ 3º. Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não,

Acesso ao Sumário

que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável.

Portanto, para ter direito ao regime de tributação, em regra, mais benéfico, destinado às sociedades uniprofissionais sem caráter empresarial, o contribuinte deve comprovar o preenchimento dos requisitos previstos nos §§ 1º e 3º do artigo 9º do Decreto-lei 406/68. A respeito, ensina Aires F. Barreto:

"Tendo em vista, de início, que o § 3º do art. 9º do Decreto-lei n. 406/68, com as alterações do Decreto-lei n. 834/69, remete ao § 1º do artigo considerado, cumpre analisar conjugadamente os dois dispositivos, bem assim proceder ao enquadramento destes no sistema legal vigente. Com efeito, a remissão efetivada tem por intuito primordial demonstrar que o tratamento benéfico, em nível de sociedade, somente se pode dar em relação àquelas em que continua havendo – ainda que associativamente – trabalho pessoal do próprio contribuinte." (BARRETO, Aires F. Curso de Direito Tributário Municipal. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 418/419).

O artigo 966 do Código Civil, ao definir o empresário, dispõe que:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Sobre o tema, vale reproduzir, ainda, a seguinte lição de Fábio Ulhoa Coelho:

"Não se considera empresário, por força do parágrafo único do art. 966 do CC, o exercente de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, mesmo que contrate empregados para auxiliá-lo em seu trabalho.

[...]

Há uma exceção, prevista no mesmo dispositivo legal, em que o profissional intelectual se enquadra no conceito de empresário. Trata-se da hipótese em que o exercício da profissão constitui elemento de empresa.

Para compreender o conceito legal, convém partir de um exemplo. Imagine o médico pediatra recém-formado, atendendo seus primeiros clientes no consultório. Já contrata pelo menos uma secretária, mas se encontra na condição geral dos profissionais intelectuais: não é empresário, mesmo que conte com o auxílio de colaboradores. Nesta fase, os pais buscam seus serviços em razão, basicamente, de sua competência como médico.

[...]

Numa fase seguinte, cresce mais ainda aquela unidade de serviços. Não se chama mais clínica, e sim hospital pediátrico. Entre os muitos funcionários, além dos médicos, enfermeiros e atendentes, há contador, advogado, nutricionista, administrador hospitalar, seguranças, motoristas e outros. Ninguém mais procura os serviços ali oferecidos em razão do trabalho pessoal do médico que os or-

Acesso ao Sumário

ganiza. Sua individualidade se perdeu na organização empresarial. Neste momento, aquele profissional intelectual tornou-se elemento de empresa. Mesmo que continue clinicando, sua maior contribuição para a prestação dos serviços naquele hospital pediátrico é a de organizador dos fatores de produção. Foge, então, da condição geral dos profissionais intelectuais e deve ser considerado, juridicamente, empresário." (COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial: Direito de empresa. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35/36.) - grifo nosso.

No caso em análise, dos documentos juntados aos autos (p. 14 e ss) depreende-se que a apelante é sociedade simples limitada, organizada desde agosto/2012, composta por 2 psicólogas, as quais prestam pessoalmente serviços de psicologia sob responsabilidade pessoal (Cláusula Quinta – p. 17), ambas inscritas no Conselho Regional de Psicologia e cadastradas no Cadastro Nacional de Psicólogas(os) (p. 24/26). Foram acostadas aos autos fotos da sociedade (p. 27/33), bem como Notas Fiscais (p. 34/36) e o comprovante de que recolheu o ISS sobre o preço de serviços (p. 37/40 e 37/40). Ainda, consta dos autos que entregou eletronicamente a declaração D-SUP dos exercícios de 2015 e de 2016, tendo deixado de apresentar aquela correspondente ao exercício de 2017 (p. 81).

Conforme se extrai da contestação (p. 71/79), a apelante foi desenquadrada do regime especial de tributação em 18/02/2018 (p. 80) unicamente por deixar de cumprir a obrigação acessória consistente na entrega de declaração eletrônica anual das sociedades uniprofissionais (D-SUP) do exercício de 2017, tratada pelo § 10 do artigo 15, II, da Lei Municipal n. 13.701/2003 e pelo artigo 130-A do Decreto n. 51.151/2012 (na redação dada pelo Decreto n. 56.378/2015):

LM 13.701/2003:
Art. 15 [...]
II – [...]
§ 10 As pessoas jurídicas que deixarem de apresentar qualquer declaração obrigatória relacionada ao regime previsto neste artigo ter-se-ão por não optantes pelo regime especial de recolhimento de que trata este artigo, sendo desenquadradas desse regime, na forma, condições e prazos estabelecidos em regulamento. (Redação acrescida pela Lei nº 16.240/2015)[1]
Decreto n. 51.151/2012:
Art. 130-A. As pessoas jurídicas enquadradas no regime especial de recolhimento de que trata o artigo 15 da Lei nº 13.701, de 24 de dezembro de 2003, ficam obrigadas a apresentar Declaração Eletrônica das Sociedades Uniprofissionais – D-SUP na forma, prazo e demais condições estabelecidas pela Secretaria Municipal de Finanças e Desenvolvimento Econômico. (Incluído pelo Decreto nº 56.378/2015)

Regulamentando a matéria, o artigo 19, § 10, do Decreto Municipal n. 53.151/2012, com redação dada pelo Decreto Municipal n. 56.378/2015 tam-

1 Conforme consulta pública disponível em http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-13701-de-24-de- dezembro-de-2003

Acesso ao Sumário

bém consigna[2]:

> **§ 10 As pessoas jurídicas que deixarem de apresentar a declaração a que se refere o artigo 130-A deste decreto, ter-se-ão por não optantes pelo referido regime, sendo desenquadradas no primeiro dia do exercício seguinte ao término do prazo de apresentação da declaração, na forma e condições estabelecidas em ato do Secretário Municipal de Finanças e Desenvolvimento Econômico. (Redação dada pelo Decreto nº 56.378/2015)**

No mesmo sentido, o artigo 6º da Instrução Normativa 13/2015 assim estabelece:

> **Art. 6º A não entrega da D-SUP nos prazos previstos no artigo anterior implicará o desenquadramento do contribuinte do regime especial previsto no artigo 15 da Lei nº 13.701, de 2003, a partir de 1º de janeiro do exercício subsequente àquele em que a declaração deveria ter sido entregue**.[3]

No caso dos autos, não se pode desconsiderar que a obrigação acessória, regularmente prevista na legislação municipal (artigo 130-A do Decreto Municipal n. 53.151/2012, com redação dada pelo Decreto nº 56.378/2015[4]), deve ser cumprida pelos contribuintes. Contudo, o seu descumprimento, que restou incontroverso nos autos, poderia, em tese, autorizar a imposição de multa à impetrante (§ 13 do artigo 113 do CTN), mas não é capaz de, por si só, afastar o direito da sociedade uniprofissional não empresarial de psicólogas à tributação diferenciada garantida por lei.

Nesse sentido é a jurisprudência deste Tribunal Estadual:

> **Apelação – Ação anulatória – ISS – Autora que não entregou a Declaração Eletrônica de Sociedade Uniprofissional – Desenquadramento automático – Impossibilidade – Regime de tributação previsto do art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL 406/68 que não se trata de isenção, mas de uma segunda base de cálculo do ISS – Inteligência do decidido no RE 236.604/PR – Sendo assim, não se trata de mera opção do contribuinte, mas de critério quantitativo da regra-matriz de incidência, de observância obrigatória pelo Município – O desenquadramento automático do contribuinte, que não entrega a D-SUP no prazo legal, subverte a lógica desse regime de tributação, violando a ampla defesa e o contraditório – Desatualização cadastral que, à semelhança de outros casos, pode significar apenas a aplicação de multa, mas não a presunção de ocorrência de fato gerador que conduza a base de cálculo diversa – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça – Sentença mantida – Recurso não provido.**
>
> **(TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1009504-19.2021.8.26.0053; Relator: Roberto Martins de Souza; Órgão Julgador: 18ª Câmara**

Acesso ao Sumário

2 Conforme consulta pública disponível em https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-53151-de-17-de-maio-de-2012/consolidado

3 Conforme consulta pública disponível em https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/instrucao-normativa- secretaria-municipal-de-financas-e-desenvolvimento-economico-sfsurem-13-de-18-de-setembro-de-2015/consolidado

4 Conforme consulta pública disponível em https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/decreto-53151-de-17-de- maio-de-2012

de Direito Público; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 14ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/11/2021; Data de Registro: 24/11/2021)

Mandado de Segurança – ISS – Exclusão do contribuinte do Regime Especial de Tributação das sociedades uniprofissionais não empresariais, por descumprimento de obrigação acessória – Sociedades de advogados – Pretensão ao reenquadramento. Possibilidade – Desenquadramento automático do contribuinte que não entrega a D-SUP no prazo legal, subverte a lógica desse regime de tributação, violando a ampla defesa e o contraditório. Descumprimento de obrigação acessória que, por si só, não afasta o direito ao recolhimento diferenciado garantido às sociedades uniprofissionais – Precedentes do STJ e desta Corte – Sentença mantida – Recurso Improvido.

(TJSP; Apelação Cível 1018443-22.2020.8.26.0053; Relator: Burza Neto; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 13ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 01/10/2020; Data de Registro: 01/10/2020)

Reexame – Necessário – Mandado de Segurança – ISS – Município de São Paulo – Sociedade de engenheiros – Regime tributário diferenciado para as sociedade uniprofissionais – Não é possível o desenquadramento em razão de entrega a destempo da D-SUP – Impossibilidade – Descumprimento de obrigação acessória que não desnatura a condição da empresa apelada de sociedade uniprofissional, a qual está bem caracterizada – Nulidade das cobranças referentes a ISSQN's lançados mensalmente, e não na forma fixa anual – Sentença mantida – Recurso oficial e voluntário desprovidos.

(TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1003451-22.2021.8.26.0053; Relatora: Tania Mara Ahualli; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 5ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 19/10/2021; Data de Registro: 19/10/2021)

TRIBUTÁRIO – APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – ISS – MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – Sentença que denegou a segurança. Recurso interposto pela impetrante. ISS – REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO – Pretensão de recolhimento do ISS com base no art. 9º, parágrafos 1º e 3º do Decreto-lei nº. 406/68 – Para fazer jus a esse regime de tributação, a sociedade deve (a) ser uniprofisisonal, afastando-se o "efeito multiplicador" que se verifica quando a produção de determinada sociedade exceder a soma das produções individuais dos profissionais e (b) não possuir caráter empresarial, mantendo-se a pessoalidade do serviço, com enfoque na relação pessoal de confiança estabelecida entre o profissional e o tomador e não na marca da empresa, além da responsabilidade pessoal do sócio pelo serviço prestado – Doutrina – Jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça. FORMA DE CONSTITUIÇÃO SOCIETÁRIA – FATOR QUE NÃO DETERMINA NECESSARIAMENTE O CARÁTER EMPRESARIAL – Parte da jurisprudência entende que a sociedade limitada não faz jus a esse

Acesso ao Sumário

regime de tributação, em razão da limitação da responsabilidade dos sócios – Este relator, respeitosamente, em que pese já ter decidido no mesmo sentido em outros casos, após análise detida, não mais concorda com tal entendimento, por considerar que a forma de constituição da sociedade não determina por si só se ela possui ou não caráter empresarial – Necessidade de se analisar o objeto social e a estrutura da sociedade, a fim de verificar se estão efetivamente presentes os elementos caracterizadores da empresa – A limitação da responsabilidade pelas dívidas da sociedade não afasta a responsabilidade pessoal pelos atos praticados no exercício da profissão – Inteligência do Enunciado nº 474 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na V Jornada de Direito Civil – Caráter empresarial que deve ser aferido a partir do conteúdo da atividade exercida – Doutrina – Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça e deste E. Tribunal. No caso dos autos, trata-se sociedade simples composta por três sócios médicos – Ausência de elementos de empresa – Responsabilidade pessoal, ademais, que está prevista na Resolução nº 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina, editada no uso das atribuições conferidas pela Lei Federal nº 3.268/1957, que regulamenta o exercício da profissão – Caráter empresarial não verificado – Ausência de entrega da Declaração Eletrônica das Sociedades de Profissionais (D-SUP) – Descumprimento de obrigação acessória que não tem o condão de afastar a aplicação do referido regime – Precedentes desta C. Câmara em casos análogos – Devido o reenquadramento no regime especial de tributação. Sentença reformada – Recurso provido.

(TJSP; Apelação Cível 1011122-33.2020.8.26.0053; Relator: Eurípedes Faim; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 15ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 13/05/2021; Data de Registro: 19/05/2021)

APELAÇÃO CÍVEL – Ação Anulatória – ISS – Sociedade simples formada por médicos. 1) Pretendido recolhimento do tributo em valor fixo anual, conforme disposição prevista no art. 9º, § 3º, do Decreto-Lei nº 406/68, que disciplina a cobrança do ISS sobre serviços prestados por sociedades uniprofissionais – Desenquadramento do regime tributário especial – Descumprimento de obrigação acessória que não tem o condão de alterar a relação jurídico-tributária. 2) Cobrança de multas por descumprimento de obrigação acessória – Inteligência do art. 113, § 2º, do CTN – Obrigação referente ao interesse da fiscalização e arrecadação de tributos – Sucumbência mínima da autora – Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido.

(TJSP; Apelação Cível 1008466-54.2018.8.26.0577; Relator: Eutálio Porto; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de São José dos Campos – 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/06/2019; Data de Registro: 04/06/2019)

Mandado de Segurança. Sociedade de Advogados – Pretensão da impetrante em recolher o ISS sobre o valor fixo anual, no período em que esteve desenquadrada do Regime Especial das Sociedades Uniprofissionais – Cabimento – Suficiência de provas documen-

Acesso ao Sumário

tais acerca da condição da interessada de sociedade beneficiária do pretendido tratamento privilegiado – O simples atraso da impetrante em fornecer ao Fisco as declarações eletrônicas não tem o condão de lhe alterar a condição de sociedade uniprofissional, pois trata-se de obrigação acessória para cujo descumprimento a lei pode prever algum tipo de penalidade pecuniária – Precedentes jurisprudenciais – Sentença parcialmente reformada – Recursos voluntário (da Municipalidade) e ex officio desprovidos, e recurso da impetrante provido.

(TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1049504-66.2018.8.26.0053; Relator: Wanderley José Federighi; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 15ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 23/05/2019; Data de Registro: 27/05/2019)

Sendo ilegal o desenquadramento da autora/apelante do regime tributário especial, mostra-se de rigor o dever da municipalidade de imediato reenquadramento ao regime tributário especial, assim como de restituição oportuna dos valores indevidamente recolhidos aos cofres municipais.

Quanto à repetição do indébito, assim preveem os artigos 165 e 166 do CTN:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Não se desconhece, assim, que o ISS pode, dependendo das circunstâncias, ser um tributo indireto, ou seja, tributo cujo encargo financeiro é transferido para terceira pessoa (o contribuinte de fato, o consumidor final do serviço). No caso de tributos reconhecidamente indiretos, somente aquele que comprove ter assumido o encargo financeiro do ISS, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado, possui legitimidade para postular a restituição. A questão do legitimado ativo para o pleito também é objeto da Súmula 546 do STF, do seguinte teor:

"Sumula 546. Cabe a restituição do tributo pago indevidamente,

Acesso ao Sumário

quando reconhecido por decisão, que o contribuinte "de jure" não recuperou do contribuinte "de facto" o "quantum" respectivo."

Com relação ao conceito de repercussão econômica do tributo para fins de legitimidade restituitória, vale destacar o seguinte trecho extraído do voto proferido pelo E. Des. Carlos Giarusso no julgamento da Apelação Cível n. 0013674-03.2011.8.26.0053, por esta 18ª Câmara de Direito Público:

"[...]

É importante distinguir as repercussões econômica e jurídica do tributo, sendo que, por um lado, ‹Diz-se que há repercussão econômica do tributo quando o sujeito passivo da obrigação tributária, aquele legalmente obrigado a fazer o pagamento do tributo, consegue transferir respectivo encargo financeiro a outra pessoa› e, por outro, ‹Diz-se que há repercussão jurídica do tributo quando o sujeito passivo da obrigação tributária, aquele legalmente obrigado a fazer o pagamento do tributo, está legalmente autorizado a cobrar de outrem o valor respectivo› (Hugo de Brito Machado, Comentários ao Código Tributário Nacional, v. III, comentários ao art. 166, pp. 429/430, São Paulo, Atlas, 2005).

Dessa forma, tem-se que a regra do art. 166 do CTN aplica-se aos tributos indiretos, na hipótese em que há repercussão jurídica, com a transferência legal da responsabilidade tributária, e não apenas econômica.

Como já se decidiu:

'RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. RESTITUIÇÃO. ART. 166 DO CTN. INAPLICABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO JURÍDICA. RECURSO DESPROVIDO.

1. A restituição de tributos na forma do art. 166 do CTN implica, inicialmente, verificar se o tributo comporta ou não transferência do encargo financeiro para terceiro. Em regra, todos os tributos trazem em si uma repercussão econômica nos preços finais dos produtos, mas esta se mostra irrelevante se não há previsão legal específica de que o ônus será suportado por terceiro. Desse modo, a repercussão meramente econômica não leva o tributo a ser classificado como indireto, sendo imprescindível, para que o tributo comporte essa natureza, a expressa previsão legal. Apenas em tais casos aplica-se a norma contida no referido dispositivo.

2. Especificamente acerca do Imposto de Importação, considerando sua natureza, observa-se que, ainda que se admita a transferência do encargo ao consumidor final, tal repercussão é meramente econômica, decorrente das circunstâncias de mercado, e não jurídica, razão pela qual sua restituição não se condiciona às regras previstas no art. 166 do CTN.

3. Recurso especial desprovido.'

(REsp 755.490/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 03/12/2008)

[...]"

No caso dos autos, em que pese a combatividade do Procurador Municipal que oficia nos autos, há que se considerar, ainda, que o C. STJ já se posicionou no sentido de que a regra contida no artigo 166 do CTN não tem aplicabili-

Acesso ao Sumário

dade ao ISSQN no regime de tributação da alíquota fixa aplicável às sociedades uniprofissionais.

TRIBUTÁRIO – ISSQN – SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL – REPETIÇÃO DO INDÉBITO – REGIME DE TRIBUTAÇÃO POR ALÍQUOTA FIXA – REPERCUSSÃO JURÍDICA DO TRIBUTO – ART. 166 DO CTN – INAPLICABILIDADE – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL PREJUDICADA.

1. É nula a CDA que exige ISSQN sobre o preço do serviço de sociedade uniprofissional, sujeita à tributação por alíquota fixa.

2. O que define se um tributo é direto ou indireto é a forma de sua imposição. Quando a lei admite que o imposto seja destacado da nota para ser suportado pelo consumidor tem-se a imposição indireta já que não se confundem o patrimônio desfalcado pelo tributo e a pessoa responsável pelo seu recolhimento ao Estado. Quando o patrimônio da pessoa jurídica obrigada ao recolhimento do tributo for o titular do patrimônio desfalcado pelo tributo temos a imposição direta. (Precedente: REsp 897.813/RJ)

3. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a inaplicabilidade do art. 166 do CTN ao ISSQN no regime de tributação da alíquota fixa aplicável às sociedades uniprofissionais.
Precedentes.

4. Divergência jurisprudencial prejudicada.

5. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.121.634/PR, relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe de 18/12/2009.)

Dessa forma, não há que se falar em óbice à repetição de indébito por força da previsão contida no artigo 166 do CTN. A municipalidade requerida, ora apelada deve restituir à autora/apelante, observada a prescrição quinquenal (artigo 1º do Decreto n. 20.910/1932 c.c artigo 168, I, do CTN).

Vale ressaltar que a contagem da prescrição em ação de repetição de indébito (como no caso), por ter como objetivo a restituição de crédito tributário pago indevidamente ou a maior, tem como termo *a quo* a data da extinção do crédito tributário (no caso, o pagamento), momento em que exsurge o direito de ação contra a Fazenda Pública. Nesse sentido o pronunciamento do C. STJ ao julgar o REsp 947.206/RJ[5], **sob o regime dos recursos repetitivos.**

O indébito tributário a ser restituído, no caso presente, tem origem na diferença entre o valor fixo devido a título de ISS e os valores comprovadamente pagos pela autora/apelante no período em discussão, observada a prescrição quinquenal (artigo 1º do Decreto n. 20.910/1932 c.c artigo 168, I, do CNT), o que será apurado na fase de liquidação do julgado.

Tratando-se de repetição de indébito tributário, quanto aos critérios de recomposição econômica dos valores a serem restituídos (matéria de ordem pública e que não implica *reformatio in pejus*), até a véspera da data de entrada em vigor da EC 113, diante do que foi decidido pelo C. STF no julgamento dos

5 Consulta pública disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=2007009910 22

Acesso ao Sumário

embargos de declaração no RE 870.947 (Tema 810), para a correção monetária a Fazenda Pública deverá observar o mesmo índice que impõe aos devedores dos seus impostos, bem como considerar a Súmula 162 do STJ para o termo inicial de incidência.

No que pertine aos juros moratórios, que somente são devidos após o trânsito em julgado da sentença ou acórdão proferidos na fase de conhecimento do processo, observo que o C. STF, ao julgar a ADI 4.357, reconheceu a inconstitucionalidade de sua vinculação aos índices da caderneta de poupança em matéria tributária. Assim, em razão do mesmo princípio da isonomia observado quando da fixação da atualização monetária, os juros devem ser calculados no mesmo percentual que a Fazenda Pública impõe enquanto credora, que, em regra, é de 1% ao mês (§ 1º do art. 161 do CTN), salvo se houver lei local em sentido diverso.

Quanto ao aspecto temporal, os juros de mora incidem desde o trânsito em julgado desta decisão (Súmula 188 do STJ) até a efetiva satisfação do crédito. Não correrão juros moratórios desde a expedição do precatório ou RPV até o decurso do prazo legal para o respectivo pagamento (Súmula Vinculante 17 do STF). Oportunamente há que se observar que "*Incidem os juros da mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e da requisição ou do precatório*" (Tese firmada no Tema 96 de Repercussão Geral do STF, RE 579.431, sessão de 19.04.2017). A partir da data de vigência da EC 113 (9 de dezembro de 2021), deve ser adotada a Taxa Selic (que engloba juros e correção monetária), sendo certo que, ao julgar a ADI 7.047/DF, cujo trânsito em julgado ocorreu em 08/02/2024, o Supremo Tribunal Federal considerou que a Selic pode ser utilizada na forma como estipulada na EC n. 113/2021.

Destarte, mais não é preciso dizer e, respeitado entendimento diverso do MM. Juiz de primeiro grau, deve ser reformada a r. sentença recorrida, para julgar procedente a ação, pelos motivos aqui expostos, determinando-se à municipalidade requerida, ora apelada, o imediato reenquadramento da autora/apelante como sociedade uniprofissional, a fim de que possa se valer do regime especial tributário de recolhimento de ISS (por montante fixo) com base no Decreto-lei n. 406/1968, bem como que proceda à restituição dos valores correspondentes à diferença entre o montante fixo devido a título de ISS e os valores comprovadamente pagos pela autora/apelante no período em discussão, observada a prescrição quinquenal (artigo 1º do Decreto n. 20.910/1932 c.c artigo 168, I, do CNT), o que será apurado na fase de liquidação do julgado. Em razão da sucumbência, fica a municipalidade condenada a arcar com as custas e despesas processuais, em reembolso, bem como ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, fixados em 10% do montante atualizado da condenação (correspondente à repetição do indébito).

Acesso ao Sumário

A fim de evitar o ritual de passagem estabelecido no artigo 1.025 do CPC/2015, a multiplicação dos embargos de declaração prequestionadores e os

prejuízos deles decorrentes, nos termos do artigo 8º (em especial dos princípios da razoabilidade e da eficiência) e do artigo 139, II (princípio da duração razoável do processo), ambos do CPC/2015, para fins de "prequestionamento ficto" desde logo considero incluídos neste acórdão os elementos que cada uma das partes suscitou nas suas razões e nas suas contrarrazões de recurso.

III – Conclusão

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000820-77.2022.8.26.0439, da Comarca de Pereira Barreto, em que é apelante/apelada SUELLEN CRISTINA DA SILVA COQUEIRO, são apelados/apelantes SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE PEREIRA BARRETO e MUNICÍPIO DE PEREIRA BARRETO, Apelados ANA ROSA ANANIAS LIMA e TSUTOMO KOMATSU.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao reexame necessário e negaram provimento aos recursos da autora e dos requeridos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.622)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 24 de julho de 2024.

OSVALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. PARTO. MORTE DE RECÉM-NASCIDA.

1. Reexame necessário. Interposição obrigatória. Exegese do art. 496, § 3º, III do Código de Processo Civil.

2. Preliminares. (a) Ilegitimidade passiva do Município. Inocorrência. Havendo contrato entre ente público e pessoa jurídica de direito privado para gestão dos serviços de saúde, ambos são partes legítimas para figurar no polo passivo da ação de reparação de danos; e (b) Ilegitimidade passiva dos agentes públicos. Ocorrência. Tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 1.027.633 (Tema nº 940).

3. Mérito. Ação proposta com fundamento no artigo

Acesso ao Sumário

37, § 6º, da Constituição Federal. Tese de erro médico no atendimento da autora no parto de sua filha, que culminou com o óbito da recém-nascida. Pretensão à indenização por danos morais. Acolhimento. Prova conclusiva pela inadequação do atendimento médico. Nexo de causalidade entre a conduta dos requeridos e o dano causado à autora. *Quantum* indenizatório adequadamente fixado (R$ 250.000,00).

4. Juros e correção monetária. Adequação. Observância dos Temas 810/STF e 905/STJ até a entrada em vigor da EC 113/21.

5. Reforma da sentença tão somente quanto aos consectários legais.

6. Reexame necessário provido em parte e recursos voluntários da autora e dos requeridos não providos.

VOTO

Trata-se de ação ajuizada por Suellen Cristina da Silva Coqueiro em face de Santa Casa de Misericórdia de Pereira Barreto, Município de Pereira Barreto, Tsutomo Komatsu, Ana Rosa Ananias Lima e Ana Beatriz Amaral de Oliveira, visando à condenação da parte ré no pagamento de indenização por danos morais por suposto erro médico que resultou no falecimento de sua filha recém-nascida.

A r. sentença julgou parcialmente procedente o pedido para, observada a solidariedade passiva dos réus Santa Casa de Misericórdia de Pereira Barreto e Município de Pereira Barreto, condená-los ao pagamento de indenização moral no montante de R$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), com correção monetária a contar do arbitramento (Súmula nº 362 do STJ), com juros legais de 1% (um por cento) ao mês desde o evento danoso (Súmula 54 do STJ). Pela sucumbência, condenou-os ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil. Julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, em relação a Tsutomo Komatsu e Ana Rosa Ananias Lima, por ilegitimidade passiva, com espeque no artigo 485, VI, do CPC (fls. 937/952). Em razão da sucumbência, condenou a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, cuja execução ficará suspensa, nos termos do artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil, em virtude de ser beneficiária da gratuidade da Justiça.

Ambas as partes apelaram.

A autora pugna pela reforma parcial do julgado. Sustenta, em síntese, que

Acesso ao Sumário

a culpa do Dr. Komatsu é fundamentada em sua negligência ao deixar de lhe atender e acompanhar pessoalmente, transferindo tal responsabilidade para a enfermeira Ana Rosa. O nexo causal é estabelecido pela demora no parto, pela escolha tardia da modalidade de parto e pela falta de assistência pessoal por parte do médico mencionado, resultando no nascimento sem vida de sua filha. O valor arbitrado pelo juízo de primeira instância não atende melhor à tríplice função do dano moral, qual seja, a de compensar os danos sofridos, a de punir o infrator e a de dissuadi-lo à prática de novos atos ilícitos. Requer a majoração do valor para R$ 1.100.000,00 (um milhão e cem mil reais). Afirma que a criança não veio a óbito, mas nasceu sem vida (fls. 957/965).

A Santa Casa de Misericórdia, por sua vez, nega ter dado qualquer causa à morte da filha da autora, consignando que disponibilizou a ela todos os recursos humanos e materiais necessários. Aduz que a autora não comprovou a realização da realização do pré-natal nos meses de outubro/2020 a 21 de janeiro/2021, bem como se era portadora de alguma comorbidade. No prontuário da UBS Antônio Domiciano Barboza, onde passou a ser atendida a partir de 21/01/2021, consta que era tabagista. A enfermeira Ana Rosa não realizou os alegados exames. O cardiotoco foi realizado pela médica Elaine Rapassi, conforme consta no prontuário anexado aos autos. O mesmo exame foi repetido pela Dra. Larissa. Aduz que a autora passou a noite em casa com fortes dores, mas poderia ter ido ao hospital a qualquer momento. Também foi realizado o partograma, o qual constatou que a dilatação do colo uterino e suas contrações ocorriam de forma gradativa e dentro da normalidade. Entre a chegada da autora à Santa Casa e a realização de seu parto, tem-se o lapso temporal de aproximadamente 7 (sete) horas, período este inferior ao recomendado como limite pela Organização Mundial da Saúde. Não havia qualquer indicação de risco na gravidez. No documento denominado ficha de investigação do óbito fetal, há observação de que a autora era tabagista crônica (paiero). Quanto à responsabilidade, alega ser entidade filantrópica sem fins lucrativos e, portanto, não está sob a égide do Código de Defesa do Consumidor. Por fim, requer a redução do valor da indenização (fls. 975/997)

O Município, em suas razões de apelo, sustenta que a mera composição do polo passivo pela pessoa jurídica de direito público em litisconsórcio com a pessoa jurídica de direito privado não autoriza a sua condenação, sem que lhe seja imputado qualquer ato ilícito propriamente dito, uma vez que a solidariedade decorre de lei ou contrato, o que não se verifica no caso in tela. A Santa Casa de Misericórdia de Pereira Barreto, pessoa jurídica de direito privado, é responsável pelos atos ou omissões lesivas de seus agentes. A r. sentença deve ser reformada, para julgar totalmente improcedente o pedido inicial direcionado ao Município de Pereira Barreto, uma vez que a exordial não narra e o conjunto probatório não demonstra qualquer ação ou omissão lesiva do ente público.

Acesso ao Sumário

Subsidiariamente, a responsabilidade solidária deve ser convolada em subsidiária. O valor da indenização deve ser reduzido (fls. 1.022/1.035)

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 1.002/1.020, 1.049/1.059, 1.064/1.070 e 1.071/1.087).

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 1091).

É o relatório.

Inicialmente, considera-se interposto o reexame necessário, tendo em vista o disposto no artigo 496, § 3º, inciso III, do Código de Processo Civil

Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada em face Santa Casa de Misericórdia de Pereira Barreto, Município de Pereira Barreto, Tsutomo Komatsu (médico), Ana Rosa Ananias Lima (enfermeira) e Ana Beatriz Amaral de Oliveira (médica), ao fundamento de que houve atendimento médico inadequado por parte dos requeridos, que culminou com o falecimento da filha da autora durante o parto.

Por força de decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 2229507-22.2022.8.26.0000, que reconheceu a ilegitimidade passiva de Ana Beatriz Amaral de Oliveira para figurar no polo passivo, a requerida foi excluída do processo (fls. 849).

A ação foi julgada parcialmente procedente, em relação aos réus Santa Casa de Misericórdia de Pereira Barreto e Município de Pereira Barreto, reconhecendo a responsabilidade solidária de ambos pelo evento danoso, e julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, em relação a Tsutomo Komatsu e Ana Rosa Ananias Lima, por ilegitimidade passiva (fls. 937/952).

De proêmio, passa-se a analisar a matéria preliminar.

O Município tem legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo da presente demanda.

Com efeito, havendo contrato de gestão entre ente público e pessoa jurídica de direito privado, ambos são partes legítimas para figurar no polo passivo da ação, porquanto há no caso prestação de serviço público de saúde por meio de delegação.

Assim, diante de sua responsabilidade constitucional pela saúde, a celebração de convênio com entidade de direito privado para a administração de hospital público e prestação de serviço de saúde não afasta a responsabilidade do Município pelo serviço prestado pelo conveniado, bem como a deste último, devendo ambos se submeterem ao polo passivo da relação processual.

Nesse sentido o entendimento sedimentado do C. Superior Tribunal de Justiça:

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ESQUECIMENTO DE RESTOS PLACENTÁRIOS NA CAVIDADE UTERINA. NEGLIGÊNCIA MÉDICA DE CAUTELA DE PROFILAXIA NO ARREMATE DE PARTO NORMAL. RESPONSABILI-*

DADE SOLIDÁRIA MUNICIPAL. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO DO MUNICÍPIO DE SERTÃOZINHO DESPROVIDO. 1. Conforme orientação jurisprudencial deste STJ, o município possui legitimidade passiva ad causam nas ações de indenização por falha em atendimento médico ocorrida em hospital privado credenciado ao SUS, sendo a responsabilidade, nesses casos, solidária. 2. Agravo Interno do município desprovido."

(AgInt no AREsp n. 1.540.873/SP, relator Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF5), Primeira Turma, julgado em 16/8/2021, DJe de 19/8/2021);

"(...) Segundo entendimento externado por este STJ, o município possui legitimidade passiva nas ações de indenização por falha em atendimento médico ocorrida em hospital privado credenciado ao SUS, sendo a responsabilidade, nesses casos, solidária. Precedentes: AgRg no AREsp 836.811/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 22/3/2016; REsp 1.388.822/RN, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 1º/7/2014; REsp 1.702.234/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2017. (...)"

(REsp n. 1.852.416/SP, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 23/3/2021, DJe de 25/3/2021).

Quanto aos agentes públicos (médico e enfermeira), a ilegitimidade passiva *ad causam* foi corretamente reconhecida pelo Juízo singular.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema nº 940 (Responsabilidade civil subjetiva do agente público por danos causados a terceiros, no exercício de atividade pública), firmou a seguinte tese: "*A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*" (RE 1027633, Relator: MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/2019, DJe 06/12/2019).

Portanto, não resta mais dúvidas acerca do alcance do disposto no artigo 37, § 6º da Constituição Federal no tocante à responsabilidade civil estatal e à dos agentes públicos, visto a impossibilidade de demandar-se diretamente o agente público pelos danos causados a terceiros no exercício de atividade pública.

Nesse sentido já decidiu esta C. Câmara:

"RESPONSABILIDADE CIVIL – Erro Médico – Ação de indenização por danos morais, materiais e estéticos – Alegação de sequelas decorrentes de procedimento cirúrgico – Ausência de prova do não emprego dos meios adequados e da melhor técnica no atendimento médico – Ação proposta em face do médico – Extinção, de ofício, por ilegitimidade passiva – Tema 940, STF – Sentença de improcedência confirmada – Recurso de apelação desprovido."

Acesso ao Sumário

(Apelação Cível 1010829-86.2015.8.26.0005; Relator: J. M. Ribeiro de Paula; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 01/11/2021).

No mesmo diapasão a jurisprudência desta C. Corte:

"Agravo de Instrumento – Ação indenizatória por erro médico movida contra o Município – Agravo manejado pelo médico contra a decisão que acolheu o pedido de denunciação a lide em seu desfavor – Provimento de rigor – É de ser respeitado precedente de vinculação obrigatória do Supremo Tribunal Federal – Inteligência do Artigo 927 do CPC – Entendimento consagrado pelo C. STF no Tema 940 (RE 1.027.633/SP) – A ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa – R. decisão reformada – Recurso provido."

(Agravo de Instrumento 2015115-61.2022.8.26.0000; Relator: Sidney Romano dos Reis; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 05/04/2022);

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de indenização – Erro médico – Recurso contra a decisão que reconheceu a ilegitimidade passiva da médica para figurar no polo passivo da demanda – Aplicação da tese fixada pelo STF, em sede de repercussão geral, no julgamento do RE nº 1.027.633 (Tema nº 940) – Extinção, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC que se impõe Decisão mantida – Recurso desprovido."

(Agravo de Instrumento 2212501-36.2021.8.26.0000; Relator: Eduardo Gouvêa; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 21/11/2021).

Nesse contexto, era mesmo de rigor o reconhecimento da legitimidade passiva *ad causam* do Município de Pereira Barreto, bem como a extinção do feito sem resolução do mérito em relação aos requeridos Tsutomo Komatsu e Ana Rosa Ananias Lima, por ilegitimidade passiva, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, como bem decidiu o ilustre Magistrado de primeiro grau.

Superada tal questão, ao *meritum causae.*

Como é cediço, a Constituição Federal, em seu artigo 37, parágrafo 6º, prescreve que a responsabilidade do Estado é objetiva, prevalecendo hoje, na doutrina e na jurisprudência, o princípio do risco administrativo, no qual o Estado responde pela reparação dos danos causados pelos seus serviços, em razão de seu mau funcionamento, mesmo que não haja culpa de seus prepostos.

Nos casos de responsabilidade civil do Estado por omissão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se orientando no sentido de que também está fundamentada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, de modo que, configurado o nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e a omissão do Poder Público em impedir a sua ocorrência – quando tinha a obrigação

Acesso ao Sumário

legal específica de fazê-lo – surge a obrigação de indenizar, independentemente de prova da culpa na conduta administrativa. Nesse sentido: (1) AI nº 852.237, Rel. Ministro Celso de Mello, DJe25.06.2013; e (2) ARE 754.778 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 19/12/2013; e (3) RE 677.283 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 08/05/201.

Dessa forma, para que a administração pública tenha o dever de indenizar, basta que o lesado demonstre o nexo causal entre o fato lesivo e o dano, independentemente de comprovação de culpa.

Sobre o tema, leciona Sérgio Cavalieri Filho:

"A atividade administrativa a que alude o art. 37, § 6º, da Constituição, refere só à conduta comissiva do Estado ou também à omissiva? Essa questão é ainda controvertida na doutrina e na jurisprudência, pelo que merece algumas considerações. (...)

Em nosso entender, o art. 37, § 6º, da Constituição, não se refere apenas à atividade comissiva do Estado; pelo contrário, a ação a que alude engloba tanto a conduta comissiva como omissiva. (...)

Na doutrina, ilustres juristas entendem que a responsabilidade estatal é objetiva tanto por ato comissivo como omissivo. Hely Lopes Meirelles: 'O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa na qualidade de agente público. Não se exige, pois, que tenha agido no exercício de suas funções, mas simplesmente na qualidade de agente público' (Direito Administrativo brasileiro, 29ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2004, p. 630 grifamos); Yussef Said Cahali: 'Desenganadamente, a responsabilidade objetiva da regra constitucional concordam todos, doutrina e jurisprudência, em considerá-la como tal se basta com a verificação do nexo de causalidade entre o procedimento comissivo ou omissivo da Administração Pública e o evento danoso verificado como consequência [...]' (Responsabilidade civil do Estado, 2º ed., 2º tir., São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p. 40). No mesmo sentido Celso Ribeiro Bastos (Curso de Direito Administrativo, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 190) e Odete Medauar (Direito Administrativo moderno, 4ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2000, p. 430), dentre outros."[1]

Portanto, compreende-se que, na hipótese, a responsabilidade do Estado é objetiva.

Superada tal questão, passa-se à análise dos pressupostos da responsabilidade civil.

Narra a inicial que a autora Suellen Cristina da Silva Coqueiro estava gestante e que a gravidez seguiu um curso normal. Três dias antes do parto, já sentindo contrações, foi internada na Santa Casa de Pereira Barreto, onde foi atendida pelo médico Tsutomo Komatsu e pela enfermeira Ana Rosa Ananias Lima. No dia 06 de julho de 2021, ao ser examinada, a profissional informou à parturiente que ainda não era o momento de dar à luz, devido à pouca dilatação, tendo sido dispensada. Passou o resto do dia em casa, sentindo as dores das contrações, até a madrugada do dia seguinte, quando voltou ao hospital. Ao

Acesso ao Sumário

1 Programa de Responsabilidade Civil - 8ª edição - São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 239/241.

proceder aos exames pela segunda vez, a mesma enfermeira lhe informou que a modalidade parto normal seria a mais adequada, entrando em contradição com a afirmação que fez no dia anterior, quando teria dito à paciente que a sua pélvis era estreita e não permitiria o parto normal, sendo a cesariana uma opção melhor. Após cerca de 8 horas em trabalho de parto, sem progresso, o Dr. Tsutomo Komatsu chegou ao quarto, com humor alterado, chamando-a de "preguiçosa" pela demora em parir, determinando a aplicação de um medicamento que acelerasse a dilatação. Posteriormente, constatando que a medida não surtiu o resultado esperado, a encaminhou para a sala de cirurgia, para que se realizasse a cesariana. No local estavam o Dr. Tsutomo, que procedeu à cirurgia, acompanhado das enfermeiras e da Dra. Ana Beatriz Amaral Oliveira, que segundo a autora apresentou comportamento relapso, pois se limitou a acompanhar o procedimento como espectadora e, por vezes, envolvida com seu aparelho celular. Relata Suellen que, quando sua filha foi retirada do ventre, não esboçava reações esperadas de um recém-nascido, pois a bebê não chorava e as tentativas de reanimação realizadas pela Dra. Ana Beatriz foram em vão. Logo após, foi informada que sua filha havia falecido. Aduziu que a médica citada é acusada de falsidade ideológica, pois a prefeitura a teria empregado como pediatra, sendo que não tem esta especialidade de fato. Concluiu alegando que a morte da sua filha foi consequência das condutas que considerou negligentes e revestidas de imperícia por parte dos profissionais envolvidos. Sustentou a existência de nexo causal entre as condutas e o resultado, tendo em vista a descrição da causa da morte: "*parada cárdiorespiratória, insuficiência respiratória aguda, complicações do trabalho de parto e do parto*". Assim, requereu a procedência dos pedidos, para condenar os requeridos solidariamente ao pagamento de indenização no importe de R$ 1.100.000,00 (um milhão e cem mil reais) por danos morais.

Foi determinada a realização de perícia médica pelo IMESC (fls. 852/878), que concluiu:

> *"Diante do exposto, de modo técnico, isento e imparcial, pode-se afirmar, sob a ótica médico-legal, o seguinte:*
> *Análise da **assistência prestada à saúde**, no que se refere à prática médica, tendo em conta o preconizado da literatura, **não seguiu os protocolos vigentes na literatura médica.***
> *A adequada avaliação da vitalidade fetal (cardiotocografia ou repetidas auscultas dos batimentos cardíacosfetais) conduziriam ao diagnóstico de sofrimento fetal antes da ocorrência do óbito e adoção de conduta médica ativa.*
> ***Houve inobservância de regra técnica profissional preconizada, quanto ao acompanhamento da vitalidade fetal**."* (fls. 860/861 – g.n.)
> *Em resposta aos quesitos, destaca-se:*
> *2) O procedimento de parto cesárea foi realizado no tempo correto?*
> *R: O último registro dos batimentos cardíacos fetais foi às 16:20 minutos e o início da cesárea 17:40 minutos. 'O intervalo do tempo entre a indicação de uma cesárea de emergência e a sua execução tornou-se*

Acesso ao Sumário

um importante aspecto na auditoria dos departamentos obstétricos e na administração clínica'. O tempo admitido como padrão é de 30 minutos, o qual parece ser realístico para a maioria dos centros médicos. Fonte: Zugaib Obstetrícia/organização. Marcelo Zugaib, RosanaPulcineli, Vieira Francisco
- 4 Ed- Barueri (SP), Manoele. 2020."

Observa-se, portanto, que a prova pericial aponta para erro no procedimento médico que antecedeu o parto da autora, pois os profissionais, em razão dos sinais apresentados pela gestante, demoraram a realizar o parto.

Dessa forma, era mesmo de rigor a conclusão pela responsabilidade dos requeridos.

A responsabilidade dos requeridos restou bem explanada na r. sentença, cujos fundamentos merecem ser adotados:

"Do Laudo Pericial realizado nos autos e quesitos retro destacados se infere, com segurança, que os atendimentos não foram condizentes com o quadro clínico em questão, tampouco com a literatura médica para o caso, identificados erros nos procedimentos adotados, portanto.
De outro aspecto, os réus não produziram qualquer outra prova que tivesse dissonância da conclusão pericial, tampouco o ilidiram, resultando, por consequência, na consumação, indene de dúvidas, de que houve comportamento culposo (imperito, negligente ou imprudente) dos médicos e ou servidores que atenderam a paciente, Sra. Suellen.
Ademais, a prova testemunhal foi no mesmo sentido, em que pesem as divergências que lhes são próprias diante da indicação, pelo autor e réu, daqueles ouvidos em audiência, eficácia probatória que se acrescenta à conclusão do laudo pericial, sem, no entanto, no que lhe é oposto, controverte-la, ainda que parcialmente, notadamente diante da relevância técnica que a protagoniza.
Com efeito, do conjunto de provas carreado aos autos, conclui-se que a autora logrou êxito na comprovação dos fatos constitutivos do direito alegado.
Prosseguindo-se. Conforme se denota do laudo pericial, contra o qual não foram apresentadas provas aptas a afastarem sua conclusão, houve nexo de causalidade entre a conduta do hospital e o óbito da recém-nascida
A responsabilidade dos réus, no caso, somente poderia ser afastada caso comprovada a ocorrência de culpa exclusiva da vítima, a inexistência do dano, ou, ainda, que não houve nexo causal entre a conduta do hospital e o dano sofrido pela vítima, o que não ocorreu.
Com efeito, presentes os requisitos apontados e ausente comprovação de que o defeito inexiste ou de que a culpa é exclusiva da vítima ou de terceiro, incumbe aos réus o dever de indenizar a autora pelos danos morais a ela causados.
Ademais, os fatos narrados demonstram que não se está em face de mera expectativa aleatória ou ilusória de prestação de serviço médico mais eficiente. Houve efetiva negligência do corpo profissional como um todo em prestar atendimento médico suficiente a garantir a vida da recém-nascida.
Diante disso, não prospera qualquer argumento dos corréus.

Acesso ao Sumário

No caso em tela, os danos experimentados pela autora decorreram de atividade médica, realizada no Hospital desta urbe, consistente em realização de atendimento médico que ocasionou a morte de sua filha.
É triste, lamentável e inestimável a dor e o sofrimento enfrentado pela autora diante da perda de um filho. Foi a autora impedida de ter e receber a filha em sua vida, sendo sido excluída de viver o futuro que a esperava. Não só.
***Durante o processo do trabalho de parto houve sofrimento da autora, para além do usual,** vivenciando, ao final, o desfecho trágico."* (fls. 949/950 – destaques no original)

Bem estabelecida, portanto, a responsabilidade solidária do Município de Pereira Barreto e da Santa Casa de Misericórdia, em razão do tratamento inadequado à autora, além de suficientemente caracterizada a conduta negligente, imprudente e imperita dos profissionais que a atenderam.

Diante dessas circunstâncias, devem os requeridos responder pelos danos morais ocasionados à autora, que perdeu prematuramente sua filha recém-nascido, visto que se trata de uma perda irreparável e uma dor que a acompanhará por toda a vida, ou seja, o dano extrapatrimonial é incontestável.

Ressalte-se que a indenização por dano moral dispensa a dilação probatória e a fase de liquidação.

Segundo Carlos Alberto Bitar "*Não se cogita, em verdade, pela melhor técnica, em prova da dor, ou de aflição, ou de constrangimento, porque são fenômenos ínsitos na alma humana como reações naturais a agressões do meio social. Dispensam, pois, comprovação, bastando, no caso concreto, a demonstração do resultado lesivo e a conexão com o fato causador, para responsabilização do agente*." [2]

Logo, possível a fixação imediata, que deve ser realizada discricionariamente pelo julgador, segundo a sua consciência, levando-se em consideração o nexo de causalidade e critério de proporcionalidade e razoabilidade do *quantum*, atendidas as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, a fim de que não gere o enriquecimento ou o empobrecimento indevido de ninguém.

Ressalte-se que a indenização por danos morais não constitui reparação, mas compensação. Com efeito, se a dor não tem preço, é muito difícil que seja reparada integralmente, mas a compensação pela dor pode ser razoavelmente estabelecida, até como solução de equidade.

No presente caso, sopesados tais elementos, observa-se que o montante de R$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) fixado na sentença é quantia razoável, diante dos aspectos já mencionados. Por conseguinte, ratifica-se o *quantum debeatur* fixado pelo Juízo *a quo.*

Nesse sentido já decidiu esta 12ª Câmara de Direito Público, ao julgar caso análogo:

Acesso ao Sumário

2 Reparação Civil por Danos Morais. 3ª edição. São Paulo: RT, 1998, p. 136.

"RESPONSABILIDADE CIVIL – Indenização por dano moral – Gravidez de risco que recomendava parto cesáreo – Morte de nascituro em hospital público por anóxia antenatal – Evidência de conduta negligente – Falta de atendimento adequado pela equipe médica – Nexo causal entre a omissão e o resultado – Sentença de procedência - – Indenização reduzida de metade – Reexame necessário e recurso voluntário providos, em parte."

(AC nº 0063122-14.2011.8.26.0224 – Relator: J. M. Ribeiro de Paula – j. 30.07.2014).

No mesmo diapasão a jurisprudência desta Corte:

"APELAÇÃO. Responsabilidade civil. Parto. Nascimento sem vida. Presença de mecônio. Ocorrência de hipóxia. Parturiente dispensada diversas vezes pelo hospital estadual, embora apresentasse sangramento e dor no baixo ventre (BV). Perícia conclusiva quanto à falta de adoção de procedimentos obstétricos na 40ª semana da gestação, o qual evidenciaria a necessidade de interrupção da gestação a tempo de salvar o feto. Prova testemunhal de que a autora no último mês da gravidez procurava constantemente o hospital com queixas de sangramento e dor no baixo ventre, sempre dispensada sob a alegação de que não era a hora do parto. Negligência, imprudência e imperícia caracterizadas. Indenização fixada adequadamente em 67.800,00, com observação de critérios de moderação e razoabilidade, mormente diante do descumprimento pelo IMESC da ordem judicial de remessa do laudo, que demorou mais de dez anos para ser juntado aos autos. Honorários advocatícios fixados com observação do artigo 20, § 4º, do CPC, devendo, portanto, ser mantidos. Inaplicabilidade da Lei nº 11.960/09, porque declarada inconstitucional por arrastamento pelo Supremo Tribunal Federal. Recursos, voluntário e oficial, não providos."

(AC nº 022714-31.1999.8.26.0602 – Relator: Oswaldo Luiz Palu – 9ª Câmara de Direito Público, – j. 29.01.2014);

"APELAÇÕES – REEXAME NECESSÁRIO – Ação ordinária – Indenização por danos morais – Erro médico – Falha de atendimento em hospital municipal, que supostamente ocasionou morte de feto e culminou na infertilidade da gestante – Procedência parcial – Pretensão de reforma – Impossibilidade – Responsabilidade, na hipótese, configurada – Prova pericial a indicar a falha do serviço – Indenização devida – Valor bem arbitrado – Inocorrência de enriquecimento ilícito da ofendida – Adequação à reprovabilidade do fato – Precedentes – Verba honorária bem fixada nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC – Juros de mora, contudo, que incidem a partir do evento danoso – Súmula nº 54 do STJ – Aplicação dos critérios de atualização da Lei nº 11.960/09, porquanto pendente decisão de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento da referida norma, na ADI 4357 – Entendimento do próprio STF, nos termos de decisão cautelar ratificada pelo Plenário, proferida nessa mesma ADI – Manutenção das disposições sucumbenciais – Não provimento das apelações dos réus, parcialmente provido o apelo da autora e o reexame necessário."

(AC nº 0902145-73.2012.8.26.0037 – Relatora: Maria Olívia Alves – 6ª Câmara de Direito Público – j. 30.03.2015);

"RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MATERIAL E MORAL. Erro médi-

Acesso ao Sumário

co. Pedidos improcedentes. Longo período entre a constatação de sofrimento fetal e realização de cirurgia cesariana. Diminuição da oxigenação e consequente dano cerebral irreversível. Dificuldades apresentadas na tentativa de realização do parto normal reclamavam a reversão imediata para o cesariano. Inércia em realizar tal procedimento ocasionou irreversíveis lesões na criança. Nexo causal. Responsabilidade configurada. Indenização por dano moral devida. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO."

(AC nº 0041142-59.2009.8.26.0554 – Relator: Paulo Alcides – 6ª Câmara de Direito Privado – j. 14.06.2012).

Portanto, existindo elementos de convicção suficientes para concluir a existência de nexo de causalidade entre o serviço prestado pelos requeridos (Município de Pereira Barreto e Santa Casa de Misericórdia de Pereira Barreto) e o evento danoso, requisitos indispensáveis para o reconhecimento da responsabilidade civil, era mesmo de rigor o acolhimento da pretensão indenizatória, de modo que a r. sentença deve ser mantida nesse aspecto.

Quanto à verba honorária, foi adequadamente arbitrada, de acordo com o disposto no diploma processual vigente, devendo ser preservado o quantum fixado pelo Juízo singular.

Por fim, no que tange aos juros moratórios e correção monetária, a r. sentença comporta reforma.

A partir do julgamento definitivo do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE (Tema nº 810), pelo Supremo Tribunal Federal, não mais persiste qualquer controvérsia sobre os índices a serem adotados no cálculo das condenações impostas à Fazenda Pública, que devem seguir os critérios determinados no referido julgado (RE 870.947, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe 20.11.2017), bem como no julgamento do Tema nº 905 pelo Superior Tribunal de Justiça, ou seja, correção monetária pelo IPCA-E e juros de mora conforme a remuneração oficial da caderneta de poupança, até a edição da EC nº 113/2021, quando passará a incidir apenas a Taxa Selic.

Nesse contexto, de rigor a reforma parcial da r. sentença, tão somente para adequar a incidência dos consectários legais, mantendo-se, no mais, o quanto decidido pelo juízo singular.

Acesso ao Sumário

Diante da manutenção do julgado, majoram-se os honorários de sucumbência arbitrados pelo Juízo singular, a teor do disposto no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, para 11% (onze por cento) sobre o valor da condenação.

À vista do exposto, dá-se parcial provimento ao reexame necessário (considerado interposto) e nega-se provimento aos recursos da autora, da Santa Casa de Misericórdia e do Município.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1017714-78.2017.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado CARLOS JOSÉ DE ALMEIDA.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "RECURSO DESPROVIDO, V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 58.783)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), OSVALDO DE OLIVEIRA e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 24 de julho de 2024.

SOUZA NERY, Relator

Ementa: APELAÇÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDEVIDA UTILIZAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS. DESVIO DE REPASSES ORIUNDOS DA SABESP, CUJA DESTINAÇÃO ESTAVA VINCULADA, POR LEI, À AQUISIÇÃO DE AÇÕES DA ALUDIDA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. VENDA IRREGULAR DE AÇÕES DA SABESP, SEM A PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS. ALEGAÇÃO DE MILIONÁRIO DANO AO ERÁRIO E DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO. Ilegalidade inconteste quanto à ocorrência de desvio na aplicação de receitas vinculadas com despesas de capital e despesas correntes. Ex-prefeito municipal que admite expressamente que não cumpriu integralmente o disposto na Lei Complementar Municipal nº 371/2008, no tocante à destinação legal dada aos quatro repasses feitos pela SABESP – no montante total de R$ 159.000.000,00, para fins de aquisição de suas ações pelo ente municipal –, sob a justificativa de que agiu dentro do seu poder discricionário. Desvio de finalidade sinalizado anteriormente por pareceres do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, por ofensa aos artigos 8º, parágrafo único, 9º e 44, da Lei de Responsabilidade

Acesso ao Sumário

Fiscal (Lei nº 101, de 04 de maio de 2000), bem como ao artigo 26, inciso XVII, da Lei Orgânica Municipal de São José dos Campos, e, também, aos princípios que regem a Administração Pública, notadamente da legalidade. No entanto, conquanto o ato de improbidade com prejuízo aos cofres municipais estivesse potencialmente caracterizado à época do julgamento colegiado anterior que anulou a primeira sentença por reputar imprescindível a realização de prova pericial contábil e financeira, para fins de averiguação do propalado prejuízo milionário ao erário aventado pelo membro do *parquet*, devem prevalecer as teses jurídicas consolidadas no Tema 1.199 de repercussão geral do E. STF, decorrentes das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021, dentre as quais, a que revogou expressamente o inciso I do art. 11 da LIA. Igualmente não caracterizado ato de improbidade catalogado no art. 10, incisos VI, IX e XI, da LIA, por ausência de comprovação do elemento subjetivo doloso para causar prejuízo aos cofres municipais. Verbas que foram empregadas no custeio de obras e serviços públicos, no interesse dos munícipes de São José dos Campos, não havendo o menor indício de eventual superfaturamento e/ou favorecimento pessoal indevido, quanto menos de enriquecimento ilícito. Ação julgada improcedente em 1º grau. Sentença mantida.
RECURSO DESPROVIDO, com observação.

VOTO

Cuida-se de ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa movida pelo *MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO* em face de *CARLOS JOSÉ DE ALMEIDA* , ex-prefeito municipal de São José dos Campos, alegando que o réu, de forma ilegal e arbitrária, utilizou recursos públicos com desvio de finalidade, causando milionária diminuição patrimonial das reservas financeiras do ente municipal, afrontando o disposto na Lei Complementar Municipal nº 371/2008 e também os artigos 8º, parágrafo único, 9º e 44 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei nº 101/2000), e caracterizando ato de improbidade causador de lesão ao erário tipificado no artigo 10, *caput* e incisos VI, IX e XI, da Lei nº 8.429/92, além de ofender os princípios que regem a Administração Pública, notadamente o da legalidade, configurando, também, ato de improbidade catalogado no artigo 11, inciso I, da Lei de Improbidade

Acesso ao Sumário

Administrativa, razão pela qual pugnou pela aplicação das penalidades descritas nos incisos II e III, do artigo 12, do mencionado diploma legal.

Em sua peça contestatória, o requerido reiterou que não praticou ilegalidade alguma, argumentando que agiu dentro do seu poder discricionário em prol do interesse público, promovendo diversos investimentos e melhorias em obras de infraestrutura, reforma de creches municipais, pavimentação de vias e requalificação urbana. Aduz ainda que o Chefe do Executivo possui autonomia para gerir os bens móveis integrados ao patrimônio público – incluindo as ações –, sem necessidade de aprovação da Casa Legislativa e nem de prévia licitação, a teor do que dispõe o artigo 155, inciso II, alínea "c", da Lei Orgânica do Município de São José dos Campos.[1]

A primeira r. sentença julgou *improcedente* o pedido, sob o fundamento de que as ilegalidades apontadas (e reconhecidas) não caracterizam ato ímprobo.[2]

Este E. Colegiado proveu o recurso ministerial para anular a sentença, determinando o retorno à origem para realização de prova pericial.[3]

Realizada a perícia, seguida de manifestações de ambas as partes, além de esclarecimentos e laudos complementar e consolidado.[4] Posteriormente, as partes apresentaram suas alegações finais.

Prolatada nova r. sentença de improcedência.[5]

Apelou o *MINISTÉRIO PÚBLICO*, insurgindo-se quanto à aplicação retroativa da nova redação conferida à Lei de Improbidade Administrativa, notadamente em relação à revogação do art. 11, I, pela Lei nº 14.230/2021. No mais, reitera suas alegações iniciais acerca da deliberada atuação do réu em desviar a aplicação de verbas públicas vinculadas para outras despesas, inclusive de natureza corrente, para as quais, sabidamente, deveria haver previsão no orçamento público anual, além de encontrar expressa vedação na Lei de Responsabilidade Fiscal, buscando a inversão do julgado.[6]

As contrarrazões foram apresentadas.[7]

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso interposto pelo *parquet*.[8]

É o relatório.

1 Fls. 1.136-1.163.

2 Fls. 1.298-1.303 – prolatada pela MMª. Juíza de Direito Drª. CRISTINA INOKUTI da 1ª Vara da Fazenda Pública da comarca de São José dos Campos, ratificada a fl. 1.412, ante a rejeição de embargos declaratórios manejados pelo requerido.

3 Fls. 1.451-1.459 – voto nº 46.343, j. 24/4/2019, vu.

4 Vide laudos/esclarecimentos de fls. 2.595-2.614, 2.780-2.785, 2.818-2.842, 3.385-3.387, 3.416-3.417 e 3.440-3.464.

5 Fls.3.681-3.685 – prolatada pelo MM. Juiz de Direito Dr. SILVIO JOSÉ PINHEIRO DOS SANTOS, cujo relatório se adota, e que foi ratificada a fls. 4.267-4.268, após terem sido rejeitados embargos declaratórios opostos pelo requerido, em decisão de lavra do MM. Juiz de Direito Dr. ARTHUR ABBADE TRONCO.

6 Fls. 3.731-3.758.

7 Fls. 4.279-4.327.

8 Fls. 4.336-4.351.

Acesso ao Sumário

O recurso não comporta provimento, como se verá adiante.

Inicialmente, válido rememorar que o Ministério Público ajuizou a presente ação civil de responsabilidade por ato de improbidade, aduzindo que o réu deliberadamente afrontou o disposto na Lei Complementar Municipal nº 371/2008, a qual autorizou o Município de São José dos Campos a firmar no ano de 2008 um contrato de programa com a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP, delegando a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário pelo período de 30 (trinta) anos, mediante o repasse por parte daquela Concessionária de serviço público de saneamento básico aos cofres municipais de: **i)** 5% (cinco por cento) da arrecadação líquida auferida com a exploração dos serviços públicos delegados; **ii)** duas parcelas anuais no montante de R$ 25 milhões cada; e, **iii)** R$ 159 milhões, dividido em 04 (quatro) parcelas, a serem pagas no prazo máximo de 07 (sete) anos.

A problemática apresentada na presente demanda diz respeito à forma pela qual o valor constante do **item iii** (R$ 159 milhões) foi utilizado pelo Município de São José dos Campos – durante a gestão do requerido (2012-2016) –, pois deixou de empregar integralmente tal montante para adquirir as ações da SABESP em desconformidade ao previsto no § 3º do artigo 3º da Lei Complementar Municipal nº 371/2008, assim como autorizou a alienação de ações da mesma sociedade de economia mista, sem a prévia autorização da Câmara Municipal de São José dos Campos, afrontando o disposto no artigo 26, inciso XVII, da Lei Orgânica local, e causando suposto prejuízo "milionário" ao erário, caracterizando ato ímprobo que também teria afrontado os princípios que regem a Administração, em especial da legalidade.

Por seu turno, o requerido rechaça as alegações lançadas na exordial, negando que tenha praticado ato ímprobo algum, afirmando que apenas se utilizou de seu poder discricionário para promover diversas melhorias e investimentos em diversos setores que careciam da atuação do Poder Público, sempre em prol do interesse coletivo, reforçando não haver prova alguma de locupletamento ilícito, nem de prejuízo aos cofres públicos municipais e quanto menos de conduta dolosa e/ou culposa grave que configurasse ofensa a algum dos princípios que regem a Administração Pública.

Acesso ao Sumário

Pois bem.

De plano, não há controvérsia acerca do desvio na aplicação parcial de receitas vinculadas com despesas de capital e correntes, vez que o ex-prefeito municipal *CARLOS JOSÉ DE ALMEIDA* admite expressamente que não cumpriu integralmente o disposto na Lei Complementar Municipal nº 371/2008, no tocante à destinação legal dada aos quatro repasses feitos pela SABESP – no montante total de R$ 159.000.000,00, para fins de aquisição de suas ações pelo ente municipal –, sob a justificativa de que agiu dentro do seu poder discricio-

nário.

Segundo o dispositivo legal em comento:

> § 3º do artigo 3º da Lei Complementar Municipal nº 371/2008 – A Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP repassará ao Município o valor de R$ 159.000,00 (cento e cinquenta e nove milhões de reais) em quatro parcelas, *para aquisição pelo Município de ações de emissão da SABESP*, nos termos do item 2.2.5 do anexo Avaliação Econômico-Financeira, incluso, que é parte integrante desta lei complementar.

Reitere-se que tal desvio de finalidade havia sido sinalizado anteriormente por pareceres do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, por ofensa aos artigos 8º, parágrafo único, 9º e 44, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei nº 101, de 04 de maio de 2000), bem como ao artigo 26, inciso XVII, da Lei Orgânica Municipal de São José dos Campos, e, também, aos princípios que regem a Administração Pública, notadamente da legalidade.

No entanto, conquanto o ato de improbidade com prejuízo aos cofres municipais estivesse potencialmente caracterizado **à época** em que este E. Colegiado anulou a primeira sentença, por reputar imprescindível a realização de prova pericial contábil e financeira, para fins de averiguação do propalado prejuízo *milionário* ao erário aventado pelo membro do *parquet*, entendo que **devem prevalecer** as teses jurídicas consolidadas pelo Supremo Tribunal Federal no Tema nº 1.199 de repercussão geral, decorrentes das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021, dentre as quais, a que revogou o inciso I do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

Assim, destaco que, após o julgamento do Tema nº 1.199/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 14.230/2021 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; 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.

Em tempo, de se observar que, tão logo entrou em vigor a Lei nº 14.230/2021, foi dada vista às partes para se manifestarem acerca das inovações promovidas na Lei de Improbidade Administrativa,[9] tendo o *parquet* se limita-

9 Fl. 2.044.

Acesso ao Sumário

do a impugnar a aplicação retroativa da novel redação da Lia ao caso concreto,[10] ao passo que o réu prontamente acusou a revogação do inciso I do art. 11, bem como a necessidade da efetiva comprovação do elemento subjetivo doloso para configuração de eventual ato de improbidade administrativa, em qualquer de suas modalidades.[11]

Dito isso, a despeito das alegações recursais do MP, entendo que não restou demonstrado o propalado ato de improbidade com prejuízo ao erário e/ou violador dos princípios da Administração Pública, por absoluta falta de comprovação do elemento subjetivo dolo, traduzido como a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado *in casu* nos artigos 10, incisos VI, IX e XI, e 11, inciso I, da LIA – **este último expressamente revogado pela Lei nº 14.230/2021** –, não bastando a voluntariedade do agente (art. 1º, §§ 1º e 2º, redação dada pela novel legislação).

Neste particular, conforme bem observado pelo Juízo *a quo*, importante destacar que, dos quatro repasses de verbas feitos pela Sabesp para aquisições de novas ações da própria concessionária,[12] foi apurado pela perícia que somente **o primeiro** foi utilizado para aquisição de ações, as quais posteriormente foram alienadas sem autorização da Câmara Legislativa, ao passo que **os outros três repasses** foram empregados em outras despesas de capital e correntes.

Desse modo, quanto ao primeiro repasse, não há se falar em ofensa ao disposto no art. 26, XVII, da Lei Orgânica Municipal,[13] visto que somente se exige a autorização legislativa local para alienação de bens "imóveis" (arts. 26, IX e 155, I, da mesma Lei Orgânica), e não para a alienação de bens "móveis" (inciso II), que, no caso de ações negociadas em Bolsa de Valores, prescindem até mesmo de licitação (art. 155, II, "c" da Lei Orgânica),[14] dispositivos que praticamente reproduzem o disposto o art. 17, I e II, da Lei nº 8.666/1993.

Logo, em relação ao primeiro repasse, de se observar ainda o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 5.624, no qual ficou

10 Fls. 2.113-2.114, insurgência que se repetiu nas manifestações seguintes do órgão ministerial, inclusive no parecer exarado pela d. Procuradoria Geral de Justiça de fls. 4.336-4.351.

11 Fls. 2.062-2.075.

12 Cujo valor total previsto era de R$159.000.000,00.

13 Art. 26 – Cabe à Câmara, com a sanção do Prefeito, dispor sobre as matérias da competência do Município, e, especialmente:
(...);
IX – **Autorizar a alienação** de bens **imóveis** (negritei);
(...);
XVII – Dispor, a qualquer título, no todo ou em parte, de ações ou capital subscrito, adquirido, realizado ou aumentado.

14 Art. 155 – A alienação de bens municipais, subordinados à existência de interesse público justificado, será sempre precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:
I – Quando **imóveis**, dependerá da concordância dos moradores do bairro onde estiver localizado o bem, **de autorização legislativa** e de concorrência, dispensada esta última se se tratar de doação ou permuta (negritei).
II – Quando **móveis**, dependerá de licitação, dispensados nos seguintes casos (negritei):
(...);
c) **ações**, que serão vendidas na Bolsa de Valores (negritei).

Acesso ao Sumário

firmado que somente é exigível a autorização legislativa na alienação de ações que impliquem em "*alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista*", o que não se verificou na hipótese dos autos.

Ainda que a prova pericial contábil e financeira tenha indicado resultado negativo da (posterior) venda de ações oriundas desse primeiro repasse, de se ratificar a sentença na parte que afastou a caracterização de ato ímprobo, ante o disposto no § 2º do art. 10 da novel redação da LIA, *verbis* : "*A mera perda patrimonial decorrente da atividade econômica não acarretará improbidade administrativa, salvo se comprovado ato doloso praticado com essa finalidade* ", lembrando ainda que sequer foi ventilada a prática de ato doloso voltado especificamente a causar desfalque ao erário municipal, pela venda de ações da Sabesp sem autorização da casa legislativa.

Quanto aos três últimos repasses – que não se converteram em aquisições de novas ações da Sabesp –, a tese central aventada pelo *parquet* reside justamente na suposta "*prática de ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência*", materializada pelo desvio de verbas públicas vinculadas por lei para aquisição de ações da Sabesp, mas que confessadamente foram aplicadas pelo ex-prefeito para sanar outras despesas, inclusive de natureza corrente.

Conquanto seja evidente a ilegalidade de tal conduta praticada pelo réu, que implicitamente reconhece sua "má-gestão" quanto ao (parcial) descumprimento da vinculação da receita destinada à aquisição de ações da Sabesp para compor o patrimônio público local, bem como por afrontar o disposto no art. 44 da Lei de Responsabilidade Fiscal,[15] forçoso reconhecer que não é (mais) possível catalogar tal conduta como sendo ímproba, diante da **expressa revogação** do inciso I do art. 11 da Lei nº 8.429/1992.

Da mesma forma, não prospera o pretenso enquadramento dos últimos três repasses (sem aquisição de ações da Sabesp e com utilização para outras finalidades públicas) na modalidade de ato ímprobo catalogado no art. 10, incisos VI ("*realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea "*), IX (*"ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento"*) e XI (*"liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular*") da LIA, na medida em que não demonstrado efetivo prejuízo ao erário municipal.

Da análise da farta prova documental produzida em juízo, não é possível apontar o menor indício de eventual superfaturamento e/ou favorecimento pessoal indevido nas receitas que foram aplicadas em despesas de capital e despesas correntes, quanto menos de enriquecimento ilícito do réu, havendo clara

15 Art. 44 da LC nº 101/2000 ─ É vedada a aplicação da receita de capital derivada da alienação de bens e direitos que integram o patrimônio público para o financiamento de despesa corrente, salvo se destinada por lei aos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos.

Acesso ao Sumário

sinalização de que os últimos três repasses (que deveriam ter sido aplicados na aquisições de ações da Sabesp) foram utilizados para custear obras e serviços públicos, sobretudo de infraestrutura, em prol dos interesses dos munícipes de São José dos Campos.

Portanto, igualmente não restou comprovado o elemento subjetivo doloso que redundasse em comprovado prejuízo aos cofres públicos municipais, no que se refere aos últimos três repasses feitos pela Sabesp, ainda que não tenham sido devidamente empregados na aquisição de novas ações da concessionária.

Destarte, de rigor a manutenção da sentença que decretou a improcedência da ação, pelos seus sólidos fundamentos.

Para os devidos fins de direito, consideram-se prequestionados os dispositivos legais e constitucionais invocados pelos litigantes.

Pelo exposto, por meu voto, proponho aos meus ilustres pares que seja *negado provimento* ao recurso do *parquet*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002345-20.2024.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ANA CRISTINA ALVES e FRANCISCO MIGUEL ALVES JUNIOR, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após sustentação oral do Dr. Alexsandro Miranda Borges, negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.155)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), HELOÍSA MIMESSI e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 29 de julho de 2024.

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – Pretensão de não incidência do imposto sobre a transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos (ITCMD) em doação, com base no artigo 155, § 1º, inciso III, alínea "a" da Constituição Federal – Alegação de necessidade de edição de lei complementar nacional – Descabimento – Doação, como adiantamento de legítima, de ativos financeiros depositados no exterior – Doador residente e domici-

liado no Brasil – Fato abarcado pelo artigo 155, § 1º, inciso II, da Constituição Federal – Desnecessidade de edição de lei complementar quando o doador possui residência domiciliar no Brasil, em se tratando da doação de bens móveis, títulos e créditos no exterior – Competência ativa do Estado de domicílio do doador – Denegação da segurança – Sentença mantida – Recurso de apelação improvido.

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por ANA CRISTINA ALVES e FRANCISCO MIGUEL ALVES JÚNIOR contra ato do COORDENADOR DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO e do DELEGADO REGIONAL TRIBUTÁRIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - DRT 12, alegando que receberam em doação do seu genitor ativos financeiros alocados em instituição financeira sediada na Suíça. Pretendem a concessão da segurança para que não sejam submetidos à declaração e ao recolhimento pelo imposto sobre a transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos (ITCMD) sobre os ativos financeiros recebidos em doação de seu genitor, pessoa física residente e domiciliada no exterior.

A medida liminar foi deferida às fls. 97/100, para suspender a exigibilidade do ITCMD sobre as doações descritas na inicial.

O representante do Ministério Público em primeira instância deixou de apresentar manifestação nos autos (fls. 145/148).

A r. sentença de fls. 149/153, cujo relatório é adotado, denegou a segurança pleiteada, revogando a medida liminar, com o entendimento de que o artigo 16 da Emenda Constitucional nº 132/23 (Reforma Tributária) autorizou a incidência do ITCMD sobre as operações descritas no artigo 155, §1º, inciso III, da Constituição Federal, o que estava anteriormente condicionado à edição de lei complementar. Nesse sentido, afirmou que como os valores não foram integralizados ao patrimônio dos impetrantes antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 132/2023, aplica-se ao caso dos autos. Consignou, ainda, a inexistência de prova de que o genitor dos autores residia no exterior, havendo indícios nos autos de que residia no Brasil.

Os impetrantes apresentaram o recurso de apelação de fls. 248/262 afirmando que o doador reside no exterior e os ativos financeiros estão localizados no exterior, o que implica na necessidade da edição de lei complementar prévia para viabilizar a incidência do ITCMD no caso concreto, nos termos do artigo 155, § 1º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal. Sustentam, ainda, a inaplicabilidade da Emenda Constitucional nº 132/2023 ao presente caso, por-

Acesso ao Sumário

que a doação foi formalizada em novembro de 2023, portanto, antes de sua edição e promulgação da Reforma Tributária. Ainda que assim não fosse, não haveria suporte normativo para exigência do imposto, dada a declaração de inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei Estadual nº 10.705/00.

Contrarrazões às fls. 394/397.

O recurso é regular e tempestivo (fl. 408).

É o relatório.

Os impetrantes pretendem obstar a cobrança de ITCMD sobre a doação realizada por seu genitor, como adiantamento de legítima, de "*ativos financeiros alocados nos Portifólios ns. 2 e 3 da conta de investimentos 65452 - M65452, junto ao Banco Santanter (Suisse) S.A, situado na Suíça (doc. 5), respectivamente nos valores de USD 1.041.499,66 e USD 2.285.496,47*".

Dizem que, por se tratar de doação de valores depositados no exterior e por doador também residente no exterior, não pode incidir o ITCMD, por não haver lei complementar regulando a competência para a cobrança, como exige o artigo 155, inciso I e § 1º, inciso III, alínea 'a', da Constituição Federal.

O artigo 155, inciso I e § 1º, da Constituição Federal, que dispõe sobre a competência tributária para instituição e a capacidade ativa para cobrança do ITCMD, possui a seguinte redação:

> ***Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:***
> ***I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;***
> ***(...)***
> ***§ 1º O imposto previsto no inciso I:***
> ***I - relativamente a bens imóveis e respectivos direitos, compete ao Estado da situação do bem, ou ao Distrito Federal;***
> ***II - relativamente a bens móveis, títulos e créditos, compete ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal;***
> ***III - terá competência para sua instituição regulada por lei complementar:***
> ***a) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior;***
> ***b) se o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior;***

Da leitura do disposto no dispositivo supra, conclui- se que o legislador constituinte adotou os seguintes critérios para definir a competência tributária do imposto: (i) o critério *real*, no que tange à transmissão de bens imóveis (art. 155, §1º, inciso I); (ii) o critério *pessoal*, para bens móveis, títulos e créditos (art. 155, §1º, inciso II); e (iii) exigiu a edição de lei complementar para regular a sua instituição, quando o doador tiver domicílio ou residência no exterior, ou se o *de cujus* possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário

Acesso ao Sumário

processado no exterior (art. 155, §1º, inciso III).

Note-se, portanto, que não será sempre necessária a edição de lei complementar para a instituição e cobrança do ITCMD no caso de a situação fática ensejadora do fato gerador estiver abarcada pelos incisos I e II, do §1º, artigo 155, da Carta Magna.

Por outras palavras, no caso da *doação*, apenas será necessária a edição de lei complementar nacional para fazer surgir a competência e capacidade ativa: (i) se o doador residir no exterior, em se tratando de bens móveis, títulos e créditos; ou (ii) no caso de bens imóveis que estiverem situados no exterior.

Portanto, com relação ao disposto no artigo 155, §1º, incisos I e II, da Constituição Federal, em se tratando de doação de bens móveis por doador residente no Brasil, tem competência ativa para a cobrança do ITCMD o Estado em que domiciliado o doador, sendo desnecessária a edição de lei complementar.

Neste sentido, valiosos são os ensinamentos de Luís Eduardo Schoueri, in 'Direito Tributário':

> ***"(...) no que tange a bens imóveis, o próprio contribuinte optou pela territorialidade real: o Estado onde se situar o bem será competente para a tributação independentemente da residência do doador ou de onde se processar o inventario ou arrolamento. De igual modo, para bens móveis, direitos e créditos, basta que o doador tenha domicílio no Estado ou ali se processe o inventário ou arrolamento, para que este Estado seja competente para a tributação. Havendo bem imóvel no exterior, ou processando-se no exterior o inventário pelo qual se transmitem bens móveis, direitos e créditos, ou ali residindo seu doador, caberá à lei complementar definir a competência para a tributação." (Direito Tributário, 3ª edição, Editora Saraiva, 2013, pp. 266/267)*** **(destaques nossos)**

No caso concreto, os bens doados são ativos financeiros depositados na Suíça, de forma que a elas aplicam-se às regras para *bens móveis, títulos* e *créditos*, conforme artigo 155, §1º, inciso II, da Constituição Federal.

Em assim sendo, a incidência e cobrança do ITCMD apenas dependerá da edição de lei complementar pela União caso "*o doador tiver domicílio ou residência no exterior*", pouco importando o local em que estão sediados os ativos financeiros, nos exatos termos do artigo 155, §1º, incisos II e III, alínea 'a' da Constituição Federal.

No caso dos autos, há divergência quanto o local de residência do doador para fins do disposto no artigo 155, §1º, inciso III, alínea 'a' da Constituição Federal.

Inicialmente, importante ressaltar que a residência fiscal não se confunde com a residência domiciliar, além de possuírem implicações distintas no âmbito legal.

Nos termos do artigo 127 do Código Tributário Nacional, a residência fiscal é aquela eleita pelo contribuinte ou responsável como domicílio tributário.

Acesso ao Sumário

No caso de pessoas físicas, na ausência da referida eleição, considera-se como residência fiscal o local da sua residência habitual.

Importante ressaltar que, no Brasil, a residência fiscal está atrelada à permanência habitual, conforme Instrução Normativa SRF nº 208/2002. Ou seja, apenas são residentes fiscais aqueles que residam no Brasil em caráter permanente ou que permaneçam no país por mais de 183 dias no período de 12 (doze) meses.

A residência domiciliar, por sua vez, tem o seu conceito fixado pelo artigo 70 do Código Civil, o qual prevê que "*o domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo*". A residência domiciliar decorre, portanto, da vontade da pessoa e das condições fáticas envolvendo a existência de moradia, vida social e familiar.

Nesses termos, a residência fiscal não é necessariamente a mesma que a residência domiciliar, e pode ser múltipla.

O artigo 155, §1º, inciso III, da Constituição Federal brasileira menciona a residência domiciliar, e não a residência fiscal.

Ao contrário do que alegam os impetrantes, na declaração para fins de imposto de renda do ano de 2022 entregue ao Fisco português em 2023 (IRS - "Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares"), juntada às fls. 34/37, não há informação quanto à residência domiciliar do doador, mas tão somente a residência fiscal (conforme fl. 35). O mesmo ocorre com as declarações IRS entregues nos anos anteriores (fls. 166/223).

Inclusive, em tais IRS não há qualquer informação quanto à existência de imóveis em Portugal e despesas com moradia, como aluguéis, o que poderia indicar a residência do doador no exterior.

O fato de o doador possuir identificação civil (ID) ne número de identificação fiscal (NIF) não é suficiente para demonstrar a residência domiciliar em Portugal, posto que também possui número de Registro Geral (RG) e de Cadastro das Pessoas Físicas (CPF) no Brasil.

Novamente, ao contrário do que alegam os impetrantes, no Instrumento Particular de Doação (fls. 89/93) não consta o endereço residencial do doador, mas tão somente o fato de ser natural de Portugal, o que evidentemente não significa residência domiciliar atual no país. Interessante notar que consta, no mesmo documento, o endereço residencial dos donatários.

Ou seja, não há qualquer documento que ao menos indique que o doador tem domicílio no exterior.

Por outro lado, a Fazenda Estadual apresentou documentos que demonstram que, em doações realizadas em 2024 aos seus filhos, ora impetrantes, (fl. 130/131, 132/136 e 137/138), o doador, Sr. Francisco Miguel Alves, declarou possuir residência no Brasil, na Praça Kennedy nº 48, apto. 81, Vila Bastos, Santo André (fl. 124).

Os bens doados pelo genitor aos ora impetrantes, conforme tais decla-

Acesso ao Sumário

rações de doação, consistem em um veículo, outro bem imóvel e ativos financeiros, todos localizados no Brasil. Constam, ainda, Notas Fiscais de consumo de energia e telecomunicação do doador no mesmo endereço no Brasil e para o mesmo período em que ocorrida a doação (fls. 125 e 128).

Tais documentos indicam a existência de vida social do doador no país, própria da residência domiciliar, no momento em que realizada a doação objeto dos presentes autos.

Portanto, os documentos acostados aos autos demonstram que o doador – Sr. Francisco Miguel Alves – possuía, ao menos no momento da doação, residência no Brasil, na Praça Kennedy nº 48, apto. 81, Vila Bastos, Santo André.

Assim é que não há que se falar na necessidade de edição de lei complementar para que o Estado de São Paulo tenha a competência para a instituição e cobrança do ITCMD, relativamente à doação de bens móveis, títulos e créditos no exterior, quando realizada por pessoas físicas domiciliadas e residentes no Brasil, mais precisamente no Estado de São Paulo.

Não se desconhece a inconstitucionalidade do artigo 4º, inciso II, alínea 'b', da Lei n° 10.705/00, constatada pelo C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0004604-24.2011.8.26.0000.

Todavia, não há que se falar na aplicação, ao caso, do artigo 4º, inciso II, alínea 'b', da Lei n° 10.705/00, que trata especificamente da hipótese em que "*o doador residir ou tiver domicílio no exterior*", situação diversa dos autos, em que os doadores possuem domicílio e residência no Brasil.

Note-se que o fato de os doadores possuírem domicílio e residência no Brasil confere ao caso elemento diferenciador relevante (*distinguishing*) dos fatos que originaram a Arguição de Inconstitucionalidade nº 0004604-24.2011.8.26.0000.

O mesmo ocorre com relação ao julgamento pelo C. Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário nº 851.108/SP (Tema 825), no qual, analisando o mesmo artigo 4º da Lei Paulista n° 10.705/00 fixou que "*é vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a edição da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional*".

Ou seja, o entendimento fixado pelo C. Supremo Tribunal Federal não abarca as hipóteses nas quais a Constituição Federal não exige a edição de lei complementar, tal como no caso do doador que possui residência domiciliar no Brasil.

Dessa forma, deve ser integralmente mantida a r. sentença que denegou a segurança.

Pelo exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso de apelação dos autores.

Eventuais recursos interpostos contra este julgado estarão sujeitos a jul-

Acesso ao Sumário

gamento virtual, devendo ser manifestada a discordância quanto a essa forma de julgamento no momento da interposição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1063790-44.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é apelado READER ASSETS DO BRASIL EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após sustentação oral do Dr. Murilo Lopes de Almeida, deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.922)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FERMINO MAGNANI FILHO e FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 29 de julho de 2024.

HELOÍSA MIMESSI, Relatora

Ementa: APELAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Exigência de certificado de quitação de ISS para regularização imobiliária. Artigos 9º e 14 da Lei nº 17.202/19 do Município de São Paulo. Exigência de certificado de quitação de ISS para a expedição do auto de regularização.
Apelação da Fazenda Municipal em face da sentença de procedência.
Sentença extra petita, no que se refere à concessão de ordem para emissão do habite-se e reconhecimento da nulidade do lançamento do ISS complementar. Anulação da parte dispositiva correspondente. Entendimento dos arts. 141 e 492 do CPC.
Mérito. Ato administrativo impugnado que se baseia em dispositivos da Lei Municipal nº 17.202/2019, os quais exigem o certificado de quitação do imposto para a regularização de edificações. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivos semelhantes, emanados do mesmo ente municipal, pelo E. Órgão Especial deste Tribunal, no julgamento do Incidente Arguição de Inconstitucionalidade Cível 0038938-

Acesso ao Sumário

06.2019.8.26.0000. Reconhecimento de que a referida exigência constitui meio coercitivo indireto utilizado pela Administração Pública para a cobrança de tributo. Precedentes.
Sentença parcialmente anulada, mantendo-se a procedência da ação. Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de "*ação declaratória c/c obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada*" ajuizada por Reader Assets do Brasil Empreendimentos e Participações Ltda. em face do *Município de São Paulo*, em que a autora objetiva, no mérito, o reconhecimento da "*ilegalidade na exigência de apresentação do Certificado de Quitação do ISS como condicionante para deferimento do processo de anistia*".

Processado o feito, sobreveio a r. sentença de fls. 238/245, que, confirmando a tutela provisória de urgência concedida a fls. 62/64, julgou a demanda procedente "*para conceder a ordem para emissão do habite-se e regularização do bem sem a quitação do ISSQN, e para reconhecer a nulidade do lançamento do ISS complementar, objeto da lide*".

Em razão da sucumbência, a requerida foi condenada ao pagamento de custas e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Irresignada, insurge-se a Fazenda Municipal às fls. 261/269. Em suas razões recursais, alega, em preliminar, a nulidade da r. sentença, por ofensa ao princípio da adstrição. Assevera, no ponto, que o *decisum* julgou a demanda procedente para conceder a ordem para emissão de habite-se e regularização de bem, sem a quitação do ISSQN, bem como, para reconhecer a nulidade do ISS complementar, todavia, em nenhum momento a autora pugnou pela desvinculação do pagamento do ISS para a expedição do habite-se. Afirma, ainda, que a r. sentença é nula por não apresentar fundamentação adequada, inviabilizando o exercício do contraditório, ampla defesa e dialeticidade.

No mérito, sustenta, em síntese, que o artigo 9º, II, "*c*", da Lei de Regularização Imobiliária nº 17.202/2019 não exige o pagamento de ISS como cobrança indireta ou sanção política dos tributos, mas objetiva "*possibilitar a regularização dos imóveis localizados no Município de São Paulo, a pedido de seus proprietários nos casos de infrações à legislação edilícia e à legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo"*. Defende, nesse sentido, que a exigência impugnada pela apelada *"é consequência lógica do procedimento de regularização do imóvel, que não visa, em momento algum, constranger o contribuinte a recolher o tributo*"

Argumenta que a lei também exige o cumprimento de outros requisitos,

Acesso ao Sumário

não sendo razoável que a parte adversa escolha qual deseja cumprir. Pontua, ainda, que "*o pleito da Apelada versa sobre regularização de construção sabida e confessadamente irregular, e que está postulando um benefício de anistia sem que se sujeite ao cumprimento de todos os requisitos legais*".

Indica que não há falar em "sanção política", dado que "*o artigo 21 da Lei Municipal nº 17.202/2019 é expresso no sentido de que a expedição do Certificado de Regularização independe da quitação de multas, as quais serão cobradas pela Prefeitura em procedimento próprios*".

Requer, ao final, o provimento do recurso, para que a demanda seja extinta sem resolução do mérito. No mérito, pugna pela improcedência da demanda.

A apelada apresentou contrarrazões às fls. 275/286, pelo desprovimento do recurso.

Às fls. 290 a autora-apelada manifestou oposição ao julgamento virtual.

O presente recurso foi, inicialmente, distribuído à C. 18ª Câmara de Direito Público que, todavia, não conheceu do recurso e determinou a remessa dos autos à Presidência da Seção de Direito Público, para que o feito fosse redistribuído a uma das treze primeiras Câmaras da Seção de Direito Público.

Realizada a redistribuição (fls. 297), os autos foram conclusos ao E. Des. Marcelo Berthe, relator do acórdão de fls. 300/305, que, após a oposição de embargos de declaração pela apelada (fls. 311/319), foi anulado pelo julgado de fls. 332/334, em razão do julgamento virtual da apelação interposta pela Municipalidade, ao que a parte apelada havia se oposto.

Em cumprimento ao v. acórdão de fls. 332/334, os autos me vieram conclusos (fls. 336).

Esta C. Câmara apreciou as preliminares arguidas em sede recursal e suscitou incidente de inconstitucionalidade, determinando a remessa dos autos ao E. Órgão Especial deste Tribunal (fls. 342/360).

A arguição não foi conhecida "*tendo em vista que a questão controvertida – exigência de comprovação de recolhimento do Imposto sobre Serviços – ISS para o fim de regularização imobiliária*" foi debatida pelo C. Órgão Especial em ocasião anterior, com declaração de inconstitucionalidade de dispositivos legais que previam tal imposição, os quais, conquanto não idênticos aos analisados *in casu*, disciplinam a matéria de forma semelhante (fls. 364/377).

Com o trânsito em julgado do incidente, os autos tornaram conclusos.

FUNDAMENTOS E VOTO.

Considerando a anulação parcial da r. sentença, nos termos do acórdão de fls. 342/360, o recurso comporta parcial provimento.

Conforme se extrai da inicial, a parte autora relata que é proprietária do imóvel cadastrado no SQL nº 100.091.0002-3, o qual foi submetido a processo de regularização de edificação, nos termos da Lei Municipal nº 17.202/2019, tendo apresentado os documentos e formulários necessários em 26 de março de

Acesso ao Sumário

2020, gerando o processo administrativo nº 1020.2020/0004536-6.

Narra que, a despeito de ter apresentado os documentos legais solicitados, foi-lhe exigida a apresentação do Certificado de Quitação de Imposto sobre Serviços (ISS), bem como, alguns ajustes no projeto, como condicionantes para análise e concessão do pedido de anistia para o imóvel, uma vez que o artigo 9º, inciso II, alínea "c" e art. 14, ambos da Lei Municipal nº 17.202/19, assim determinam.

Sustenta que a exigência do Certificado de Quitação de Imposto sobre Serviço é manifestamente ilegal, porquanto, na sua concepção, trata-se de meio coercitivo indireto de cobrança, o que não é admitido pela jurisprudência. Aponta, ainda, violação ao princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, ajuizou a presente demanda para o fim de ver reconhecida a "*ilegalidade na exigência de apresentação do Certificado de Quitação do ISS como condicionante para deferimento do processo de anistia*".

Pois bem.

Os documentos juntados a fls. 49/57 dão conta de que a parte autora ingressou com pedido de "Certificado de Regularização – Lei 17.202/2019", protocolo nº 48598/2020, ensejando a instauração do Processo Administrativo nº 1020.2020/0004536-6. Após a formulação do pedido, a parte autora recebeu um "comunique-se" exigindo, dentre outros requisitos, a apresentação do Certificado de Quitação do ISS para a expedição do auto de regularização.

E, como bem ressaltado pela autora em sua petição inicial e pela ré, ora apelante, a exigência do Certificado de Quitação de ISS para regularização de edificações obedece aos ditames da Lei Municipal n° 17.202/2019, cujos dispositivos pertinentes encontram-se abaixo transcritos:

> *Art. 9º A regularização das edificações de que trata esta Lei que não se enquadrem na regularização automática prevista no art. 5º e no procedimento declaratório previsto em seu art. 6º, dependerá da apresentação, no prazo estabelecido no art. 22, dos seguintes documentos:*
> *I - requerimento por meio eletrônico, em formulário específico, totalmente preenchido, contendo declaração do proprietário ou possuidor ou responsável pelo uso e do responsável técnico responsabilizando-se, sob as penas legais, pela veracidade das informações e pelo atendimento dos requisitos previstos nesta Lei;*
> *II - comprovantes dos seguintes recolhimentos:*
> *a) preço público;*
> *b) taxa específica para regularização relativa à área a ser regularizada no valor R$ 10,00 (dez reais) por metro quadrado;*
> *c) comprovante do recolhimento inicial do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS, relativo à área a ser regularizada citado no art. 14 desta Lei;*
> *III - cópia da transcrição ou matrícula do imóvel, e, quando o requerente for possuidor, cópia de documento que o legitime, por meio de escritura,*

Acesso ao Sumário

compromisso ou promessa de compra e venda ou cessão de direitos, ou doação pública ou particular, com ou sem registro na circunscrição imobiliária competente, bem como cópia do protocolo do processo de usucapião judicial ou extrajudicial ou decisão judicial reconhecendo o direito de usucapião, entre outros documentos que comprovem sua origem perante o Registro de Imóveis.

Parágrafo único. Exceto as edificações instaladas em terrenos públicos, destinados ao uso institucional, uso religioso e locais de culto sem fins lucrativos, anteriormente a 8 de Novembro de 1988, data de entrada em vigor da Lei nº 10.676, de 7 de novembro de 1988, poderão ser regularizadas de acordo com a presente Lei.

IV - peças gráficas simplificadas, compostas de plantas, cortes da edificação e quadro de áreas, observadas as normas em vigor de padronização de projeto de acordo com a Lei nº 16.642, de 2017;

V - prévia anuência ou autorização do órgão competente, conforme art. 4º desta Lei, quando for o caso.

§ 1º Não será aceito requerimento desacompanhado das peças gráficas conforme estabelecido neste artigo.

§ 2º As peças gráficas a que se refere o inciso IV do caput deste artigo deverão ser elaboradas e apresentadas por profissional habilitado, e inscrito no Cadastro de Contribuinte Mobiliário CCM.

Art. 14. O recolhimento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS, exigido conforme a alínea "c" do inciso II, do § 1º do art. 6º e alínea "c" do inciso II, do art. 9º, ambos desta Lei, será efetuado na forma definida em regulamento, e conforme valor calculado pela Secretaria Municipal da Fazenda, nos termos da normatização em vigor.

§ 1º Para as áreas construídas já lançadas no Cadastro Imobiliário Fiscal, que integrem parcial ou totalmente a área objeto da regularização, o correspondente Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS deverá ser recolhido na forma do caput deste artigo.

§ 2º Não se aplica o disposto no caput deste artigo aos créditos tributários já constituídos e referentes ao SQL que se busca regularizar, hipótese na qual a regularização somente será possível com a extinção dos referidos créditos.

§ 3º Será cobrado o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza ISS, relativo às obras necessárias à adequação do imóvel, aceitas pela Prefeitura nos termos do § 2º do art. 1º desta Lei, no caso em que a referida adequação resultar em aumento de área.

§ 4º Deverá ser recolhido Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS para os serviços de demolição necessários à adequação dos imóveis visando à regularização.

§ 5º As eventuais diferenças de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS, em razão da falta de recolhimento ou recolhimento a menor do tributo relativo à área declarada ou em razão de diferença de área apurada posteriormente, serão cobradas antes da emissão do

Acesso ao Sumário

Certificado de Regularização de acordo com a legislação em vigor.
§ 6º Para fins da regularização de que trata esta Lei, o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS, anteriormente recolhido, ainda que em processo anterior de regularização, relativo ao mesmo pedido, será considerado para a quitação ou a título de compensação, desde que seja apresentado o respectivo comprovante de quitação.

A r. sentença de fls. 238/245 (não obstante sua parcial anulação nos moldes do acórdão de fls. 342/360), julgou a demanda procedente, por entender que a exigência da certidão de quitação de ISS configura forma indevida para a cobrança de débitos fazendários. *In verbis*:

(...)
"Decido.
Com efeito, a questão colocada a debate já foi exaurida pela 18ª Câmara de Direito Público do E. TJ/SP ao julgar o agravo de instrumento nº 2014165-62.2016.8.26.0000 (fls. 1019/1023), Relatado pelo Des. Burza Neto, em 28/04/2016, cujos fundamentos acolho integralmente e que abaixo transcrevo:
*"*EMENTA: Agravo de Instrumento – Ação Declaratória de Inexigibilidade de Débito Tributário. Agravante que efetivou o depósito. Habite-se condicionado ao pagamento de ISS - Inexigível o pagamento do tributo como condição para concessão de "habite-se". A Municipalidade deve se limitar ao exame da regularidade formal da obra, no exercício do poder de polícia administrativo, sem condicionamento da quitação de tributos. Decisão reformada. Recurso provido.
...
Trata-se de recurso de agravo de instrumento tirado contra decisão que, nos autos da Ação declaratória de inexigibilidade de débito tributário, negou o pedido de antecipação de tutela quanto à emissão do Certificado de Conclusão de Obra ("Habite-se"), do empreendimento "Paysage Mooca", sob a alegação que este é condicionado ao pagamento do ISS.
Para fins de esclarecimento, o agravante efetuou o depósito no valor de R$ 117.128,26 para obter o Certificado de Conclusão de Obra ("Habite-se"), sendo deferida a antecipação da tutela pleiteada para determinar a suspensão da exigibilidade do tributo questionado (fls. 950 autos principais).
Pois bem, mesmo que o imposto seja exigível (fato que pode ser objeto da devida cobrança pelas vias próprias), é incabível a vinculação da concessão do habite-se ao pagamento de tributos; com efeito, dispõe o Fisco de procedimento adequado e instituído em lei para a execução de seus créditos tributários, devendo, portanto, eximir-se de efetivar medidas restritivas à atividade do contribuinte, especialmente providências coercitivas que dificultem ou impeçam o desempenho do livre exercício da atividade econômica.
Se o agravante possui débitos com a Fazenda, esta deve evidentemente cobrá-los. Contudo, deve fazê-lo sem negar a expedição da documentação necessária para o habite-se.
Logo, a rigor, a expedição do "habite-se" somente deve ser condicionada ao atendimento desses requisitos técnicos, ligados em especial à urbanística e segurança, de maneira que não há correlação e fundamento

Acesso ao Sumário

plausível a se exigir o adimplemento do gravame municipal a fim de que se autorize a ocupação do imóvel por meio da expedição do 'habite-se'.
Na esteira deste entendimento, exigir-se o recolhimento do ISS como condição à emissão do "habite-se" implica em utilização de meio coercitivo para cobrança de tributo, ao arrepio dos verbetes das Súmulas nºs 70, 323 e 547 do Supremo Tribunal Federal, bem como em confronto às garantias de ampla defesa e devido processo legal previstas nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, eis que o fisco tem os meios próprios, em especial a ação de execução fiscal, para a cobrança de tributos.
Assim já se pronunciou o E. Supremo Tribunal Federal, ao decidir questão análoga:
"EMENTA: Sanções Políticas no Direito Tributário – Inadmissibilidade da utilização, pelo poder público, de meios gravosos e indiretos de coerção estatal destinados a compelir o contribuinte inadimplente a pagar o tributo (Súmulas 70, 323 E 547 do STF) – Restrições estatais, que, fundadas em exigências que transgridem os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito, culminam por inviabilizar, sem justo fundamento, o exercício, pelo sujeito passivo da obrigação tributária, de atividade econômica ou profissional lícita. Limitações arbitrárias que não podem ser impostas pelo estado ao contribuinte em débito, sob pena de ofensa ao "substantive due process of law". Impossibilidade constitucional de o estado legislar de modo abusivo ou imoderado (RTJ 160/140-141 RTJ 173/807-808 RTJ 178/22-24) – O Poder de Tributar que encontra limitações essenciais no próprio texto constitucional, instituídas em favor do contribuinte "não pode chegar à desmedida do poder de destruir" (Min. Orosimbo Nonato, RDA 34/132) – A prerrogativa estatal de tributar traduz poder cujo exercício não pode comprometer a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria do contribuinte. A significação tutelar, em nosso sistema jurídico, do "estatuto constitucional do contribuinte". Doutrina. Precedentes. Recurso extraordinário a que se nega seguimento. (ARE 731833/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 07/02/2013, DJe 21/02/2013).
Nesse sentido, restou assentado nesta Corte:
Mandado de segurança. Pretensão à expedição do 'habite-se'. Condicionamento para a referida expedição da obtenção prévia do 'certificado de quitação do ISS'. Inadmissibilidade. Condicionamento que se constitui em meio coercitivo e fere a garantia do devido processo legal e do contraditório. Certificado de quitação do ISS que tem natureza tributária e deve ser cobrado pelas vias próprias. Sentença reformada. Recurso provido. (Apelação nº 624.780.5-7, Rel. Des. Antonio Carlos Malheiros, 13ª Câmara de Direito Público, j. Em 20/05/2008).
Apelação. Mandado de segurança. Construção em terreno próprio, com recursos provenientes da venda de unidades habitacionais. ISS. (...). 'Habite-se'. Expedição condicionada ao recolhimento de tributos. Inadmissibilidade. Havendo outros meios legais para a cobrança de dívida tributária, mostra-se inadmissível condicionar a expedição do 'habite- se' ao recolhimento de tributos. Recurso parcialmente provido para manter a exigibilidade do ISSQN, cujo recolhimento, entretanto, não é condição para a expedição do 'habite-se'. (Apelação nº 938.069.5-7. Voto nº

Acesso ao Sumário

8.675. Rel. Des. Jair Martins).
Ante o exposto e pelo mais que dos autos consta, dá-se provimento ao recurso para que seja emitido o Certificado de Conclusão de Obra (Habite-se) do empreendimento "Paysage Mooca", independentemente da cobrança de ISS."
Isso porque o condicionamento da expedição do referido "Habite-se" à prévia quitação de tributos representa forma coercitiva, arbitrária e imprópria de cobrança de débitos fazendários, uma vez que o Município possui meios jurídicos próprios para a satisfação de seus créditos (Lei nº 6.830/80).
Aliás, o Supremo Tribunal Federal já manifestou o entendimento de impossibilidade de o Fisco adotar medidas de coerção não razoáveis com o objetivo de compelir o contribuinte a realizar o pagamento de tributos:
"Agravo Regimental do Recurso Extraordinário com Agravo. Direito Tributário. Necessidade de recolhimento de ISSQN para liberação de 'habite-se' de imóvel. Sanção política. Impossibilidade do uso de meios coercitivos para compelir ao pagamento de tributos. Precedentes. Natureza jurídica do 'habitese': Súmula n. 280 do Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental ao qual se nega provimento". (ARE 1181820 AgRterceiro, Relator(a): Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 05/11/2019, Processo Eletrônico DJe-256 Divulg 22-11-2019 Public 25-11-2019).
*Confira-se, ainda, o teor dos enunciados sumulares do E. STF, a respeito do tema, que corroboram o entendimento: Súmula 70: "É inad*missível a interdição de estabelecimento como meio *coercitivo para cobrança de tributo".*
Súmula 323: "É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributo".
Súmula 547: "Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais"
Assim, para a concessão da referida licença ou regularização, a Administração, ao exercer o seu poder de polícia, deve verificar objetivamente se estão atendidos os critérios formais da obra tal como especificada no projeto, em conformidade com a legislação de regência, vedada à Municipalidade, condicionar a prática do ato administrativo ao pagamento de débitos fiscais pendentes não vinculados ao ato.
(...)
De fato, com base em precedentes do E. Supremo Tribunal Federal, a exigência de Certificado de Quitação do ISS para fins de obtenção do auto de regularização imobiliária mostra-se meio coercitivo indireto utilizado pela Administração Pública para a cobrança de tributo, o que não se admite em nosso ordenamento jurídico.
Isto posto confirmo a liminar e JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na inicial, para conceder a ordem para emissão do habite-se e regularização do bem sem a quitação do ISSQN, e para reconhecer a nulidade do lançamento do ISS complementar, objeto da lide.
Custas e honorários de 10% sobre o valor atualizado da causa a cargo do réu.
P.R.I.C."
Nessa esteira, verifica-se que a Municipalidade age sob o pálio da Lei

Acesso ao Sumário

Municipal nº 17.202/2019, e a procedência do pedido repousou em juízo de desvalor de referida norma, frente ao ordenamento constitucional.

De fato, nos moldes do ressaltado por esta Relatoria no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2056871-26.2017.8.26.0000, e com base em precedentes do E. Supremo Tribunal Federal, a exigência de Certificado de Quitação do ISS para fins de obtenção do auto de regularização imobiliária mostra- se meio coercitivo indireto utilizado pela Administração Pública para a cobrança de tributo, o que não se admite em nosso ordenamento jurídico.

As Súmulas 70, 323 e 547 do Supremo Tribunal Federal, ainda em vigor, vedam que o Poder Público utilize subterfúgios para a satisfação de seu crédito de forma privilegiada, *in verbis*:

> *Súmula 70, STF: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.*
> *Súmula 323, STF: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.*
> *Súmula 547, STF: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.*

No mesmo sentido são os precedentes das Cortes Superiores e desta Corte, dentre eles: do STF, ARE nº 731833/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. em 07.02.2013; do STJ, REsp 414.486/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 27.5.2002 e REsp nº 347190/RS, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 13.11.2007; deste Tribunal, Apelação/Remessa Necessária 1042825-84.2017.8.26.0053, Relator: José Luiz Gavião de Almeida; 25/06/2019; Remessa Necessária Cível 1004943-34.2018.8.26.0577, Relator: Nogueira Diefenthaler, j. 28/05/2019; Apelação/Remessa Necessária 1027336-70.2018.8.26.0053, Relator: Leme de Campos, j. 29/04/2019; Apelação Cível 1050019-04.2018.8.26.0053, Relator: Fortes Muniz, j. 28/03/2019; Apelação/Remessa Necessária 1031872-41.2017.8.26.0577, Relator: Roberto Martins de Souza, j. 06/12/2018; Apelação Cível 1014205-95.2016.8.26.0506; Relator: Eutálio Porto, j. 07/08/2018.

Em razão da aparente inconstitucionalidade da lei municipal em comento, esta C. 5ª Câmara suscitou incidente de inconstitucionalidade perante o E. Órgão Especial deste Tribunal. A arguição, conforme relatado, não foi conhecida, em razão da discussão de matéria análoga nos autos do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0038938-06.2019.8.26.0000[1], no qual foi reconhe-

Acesso ao Sumário

1 ***INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigos 8º, inciso III, 'c', 14 e 15 da Lei nº 13.558, de 14 de abril de 2003, que exigem a comprovação de quitação do ISS - Imposto sobre Serviços, para a regularização de edificação e concessão de "habite-se" no Município de São Paulo – Meio de coação ao pagamento da dívida*** *– Ofensa aos artigos 5º, incisos XIII, LIV, LV, e 170, parágrafo único, da Constituição Federal, bem como aos artigos 111 e 144 da Constituição Bandeirante –* ***Violação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade – Incidente acolhido, com a consequente declaração de inconstitucionalidade dos artigos 8º, inciso III, 'c', 14 e 15 da Lei nº 13.558/2003***. (Incidente De Arguição de Inconstitucionalidade Cível 0038938-06.2019.8.26.0000; Relator: Elcio Trujillo; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 10/06/2020; Data de Registro: 11/06/2020; g.n.).

cida a inconstitucionalidade de dispositivos legais editados pelo Município de São Paulo (Lei nº 13.558/2003), de redação semelhante à legislação municipal debatida no presente feito (Lei nº 17.202/2019).

A ementa do acórdão exarado no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade suscitada nos autos em análise (processo nº 0006961-20.2024.8.26.0000) foi redigida nos seguintes termos:

> *ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Município de São Paulo. Artigos 9º, inciso II, 'c', e 14 da Lei nº 17.202/2019, que preveem a exigência de comprovação de recolhimento do Imposto sobre Serviços - ISS para o fim de regularização imobiliária. Matéria extensamente debatida nos autos do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0038938-06.2019.8.26.0000, j. em 10.6.2020, em que foram declarados inconstitucionais dispositivos de redação similar constantes da Lei nº 13.558/2003, também editada pelo Município de São Paulo. Interpretação teleológica do precedente. Inviabilidade de reapreciação do tema. Inteligência do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Exame da doutrina e da jurisprudência. INCIDENTE NÃO CONHECIDO COM DETERMINAÇÃO.*
>
> (TJSP; Incidente De Arguição de Inconstitucionalidade Cível 0006961-20.2024.8.26.0000; Relator: Jarbas Gomes; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Acidentes do Trabalho; Data do Julgamento: 22/05/2024; Data de Registro: 23/05/2024)

Por oportuno, destaco os seguintes trechos do voto proferido naqueles autos, de relatoria do E. Des. Jarbas Gomes:

> *(...)*
>
> *A D. Procuradoria-Geral de Justiça sustenta, todavia, a inviabilidade do presente instrumento processual, na medida em que os mencionados dispositivos reproduziriam aqueles introduzidos pela Lei nº 13.558/20032 (artigos 8º, inciso III, 'c', 14 e 15), também editada pelo Município de São Paulo, declarados inconstitucionais no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0038938-06.2019.8.26.0000, relatado pelo I. Des. Elcio Trujillo (j. em 10.6.2020).*
>
> *Nessa ocasião, este Colegiado definiu que:*
>
> Os artigos 8º, inciso III, 'c', 14 e 15 da Lei nº 13.558/2003 do Município de São Paulo, ao exigirem a comprovação do ISS Imposto sobre Serviços - para a obtenção do certificado de regularização imobiliária bem como o "Habite-se" referente à edificação, se apresentam incompatíveis com o artigo 5º, incisos XIII, LIV, LV, e 170, parágrafo único, da Constituição Federal, bem como com os artigos 111 e 144 da Constituição do Estado de São Paulo: (...)
>
> Pelo comando constitucional, a exigência de comprovação de quitação de determinado tributo, sem o contraditório, viola os princípios elencados, condição que o artigo 111 da Constituição Paulista reproduz da Constituição da República em seu artigo 37, "caput" que, embora elenque apenas cinco princípios, "inúmeros outros mereceram igualmente consagração constitucional: uns por constarem expressamente da Lei Maior, conquanto não mencionados no art. 37, caput; outros, por nele estarem abrigados logicamente, isto é, como consequências irrefragá-

Acesso ao Sumário

veis dos aludidos princípios; outros, finalmente, por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois do sistema constitucional como um todo" ("Curso de Direito Administrativo", Celso Antônio Bandeira de Mello, São Paulo: Malheiros Editores, 34ª ed., 2019, pág. 98.)

No caso, ausentes a razoabilidade e a proporcionalidade da exigência de quitação do tributo ISS para a concessão do certificado de regularidade da edificação bem como da concessão de "habite-se".

O princípio da razoabilidade impõe que "a Administração, ao atuar no exercício de discrição, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –. As condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discrição manejada'" (Op. Cit., pág. 111), o que foi violado pela norma impugnada.

Também violado o princípio da proporcionalidade, uma vez que este princípio "enuncia a ideia singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade correspondentes ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superamos limites que naquele caso lhes corresponderiam. Sobremodo quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindendas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público. Logo, o plus, o excesso acaso existente, não milita em benefício de ninguém. Representa, portanto, apenas um agravo inútil aos direitos de cada qual." (Op. Cit., pág. 113). As súmulas 70, 323 e 547 do Colendo Supremo Tribunal Federal refletem a aplicação de referidos entendimentos: "Súmula 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.";

"Súmula 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos";

"Súmula 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais."

Cuidou o i. Procurador de Justiça em sua destacada manifestação, de apontar que "não se mostra razoável a cobrança de dívida fiscal para limitar ou impedir o exercício da própria atividade econômica, contrariando-se o art. 5º, LIV da Constituição. Cuida-se de diáfano excesso. A providência prevista no ato normativo impugnado é nitidamente desnecessária: o Poder Público possui privilegiados meios para a realização

Acesso ao Sumário

da cobrança da dívida ativa; dispõe do procedimento previsto na legislação tributária e na Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80), que inclui a possibilidade de formação unilateral de título executivo extrajudicial, por meio da inscrição da dívida ativa e posterior extração da relativa certidão, que serve para aparelhar o processo de execução. Trata-se de procedimento executivo superiormente mais ágil e eficaz que a execução comum disponível a todos os demais credores, para exigir em juízo o cumprimento das obrigações que lhes são devidas. (...) Finalmente, há manifesta desproporcionalidade em sentido estrito, pois não se mostra aceitável que, a pretexto de cobrar dívidas, o fisco impeça ou limite sobremaneira, na prática, o exercício de atividade lícita e produtiva." (fls. 534/535).

Pois bem. Para que se possa emitir um juízo quanto à correspondência entre os preceitos já examinados e aqueles ora questionados, necessário é cotejá-los:

(...)

O quadro comparativo revela que, conquanto as normas não apresentem idêntica redação, disciplinam exatamente a mesma matéria e as mesmas situações, envolvendo a exigência de comprovação de recolhimento do Imposto sobre Serviços - ISS para o fim de regularização imobiliária, pelo que são integralmente aplicáveis ao caso concreto as lições acima transcritas.

Diante desse cenário, muito embora se louvem o zelo e a preocupação em suscitar o incidente, de modo a prevenir eventuais alegações de nulidade, inexiste impedimento a que a C. 5ª Câmara de Direito Público solucione a questão constitucional, não havendo cogitar de violação à cláusula de reserva de Plenário.

Acolhe-se, pois, a preliminar de não conhecimento do incidente enunciada pela D. Procuradoria-Geral de Justiça, certo que, na interpretação do precedente, devem ser observados seu alcance e sua finalidade e não sua literalidade.

(...)

Isto posto, tendo em vista que a questão controvertida - exigência de comprovação de recolhimento do Imposto sobre Serviços - ISS para o fim de regularização imobiliária foi extensamente debatida por este Colegiado em ocasião anterior, com declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos que previam aquela imposição, não se conhece do presente incidente, nos termos do parágrafo único, do artigo 949 do Código de Processo Civil, e determina-se o retorno dos autos à C. 5ª Câmara de Direito Público.

Nesses termos, pela similitude das exigências contidas nos artigos 9º, inciso II, 'c', e 14 da Lei nº 17.202/2019, com aquelas dos artigos 8º, inciso III, c, 14 e 15 da Lei nº 13.558/2003, cuja inconstitucionalidade foi reconhecida no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0038938-06.2019.8.26.0000, há que se reconhecer que, *in casu*, a exigência de Certificado de Quitação do ISS para fins de obtenção do auto de regularização imobiliária constitui meio coercitivo indireto utilizado pela Administração Pública para a cobrança de tributo, razão pela qual mantém-se a procedência da ação, para reconhecer a in-

Acesso ao Sumário

constitucionalidade na exigência de apresentação do Certificado de Quitação do ISS como condicionante para o deferimento do processo de anistia, **ressalvada a anulação parcial da r. sentença, no que diz respeito à concessão de ordem para emissão do habite-se e reconhecimento da nulidade do lançamento do ISS complementar, nos termos do acórdão de fls. 342/360.**

Ante o exposto, pelo meu voto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, apenas para reconhecer a nulidade, em parte, da r. sentença, nos termos do acórdão de fls. 342/360; mantida a procedência da ação.

Considerando o parcial provimento do recurso, deixo de majorar os honorários recursais, nos termos do artigo 85, § 11 do Código de Processo Civil[2].

Para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observado o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006, p. 240).

Sujeitam-se à forma de julgamento virtual em sessão permanente da 5ª Câmara de Direito Público eventuais recursos previstos no art. 1º da Resolução nº 549/2011 deste E. Tribunal deduzidos contra a presente decisão. No caso, a objeção deverá ser manifestada no prazo de cinco dias assinalado para oferecimento dos recursos mencionados no citado art. 1º da Resolução. A objeção, ainda que imotivada, sujeitará aqueles recursos a julgamento convencional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1016367-13.2022.8.26.0196, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ANTONIO GONZALEZ MARTINEZ e MARIA DE LOURDES BERETTA GONZALEZ, 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 Dr. Gustavo Henrique Willrich", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.875)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSCILD DE LIMA JÚNIOR (Presidente sem voto), AROLDO VIOTTI e JARBAS GOMES.

São Paulo, 30 de julho de 2024.

AFONSO FARO JR., Relator

Acesso ao Sumário

2 *STJ. Corte Especial. REsps 1.864.633-RS, 1.865.223-SC e 1.865.553-PR, Rel. Min. Paulo Sérgio Domingues, julgado em 9/11/2023 (Tema 1059).*

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – SUSPENSÃO DE OBRAS EM ÁREA DESAPROPRIADA – Impossibilidade – Pedido que já foi objeto de decisão judicial em processo diverso em que se discute a nulidade de alteração legislativa municipal que determinou nova destinação pública à área expropriada – Reexame da controvérsia efetuado por meio impróprio – Preclusão observada.
MANDADO DE SEGURANÇA – SUSPENSÃO DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA – Pedido amparado em ação de retrocessão com fundamento em destinação diversa da área desapropriada, em fase de dilação probatória – Domínio da área pelos autores – Não comprovado – Ausência de direito líquido e certo – Questão que demandaria instrução probatória, inviável na estreita via do mandado de segurança – Manutenção da denegação da ordem, com fundamento diverso.
NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO

Vistos.

ANTONIO GONZALEZ MARTINEZ e OUTROS impetraram mandado de segurança contra ato do GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO, e do REPRESENTANTE LEGAL DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE SÃO PAULO visando suspender a realização de qualquer obra na área denominada chácara Espraiado, a saber: "*parte do lote 03, designado área A, com 3.883,84 metros quadrados; lote 04, com 6.000,50 metros quadrados; lote 05, designado área A, com área de 2.989 metros quadrados; lote 27, designado área A, com área de 3.950,00 metros quadrados; lotes 28 e 29, com área 12.100,00 metros quadrados; parte do lote 30, designado área C, com área de 2.235,53 metros quadrados, totalizando uma área de 31.080,97 metros quadrados*.", bem como suspender a Concorrência CGA nº 08/22, Processo SES PRC nº 2022/36137, que tem como objeto a execução das obras de construção do Hospital Estadual de Franca.

Afirmam que, apesar da referida área ter sido objeto de desapropriação amigável em 25/11/09 – em que os impetrantes outorgaram ao Município de Franca a propriedade da referida área, declarada de utilidade pública, **para a implantação da Cidade Judiciária de Franca (imóvel posteriormente doado pelo Município ao Estado de São Paulo, Lei Municipal nº 7.529/11) –** passa-

Acesso ao Sumário

dos mais de 12 anos da desapropriação, a destinação pública não foi observada, de forma que os impetrantes movem ação de retrocessão cumulada com danos morais (processo nº 1003811-13.2021.8.26.0196) em face da municipalidade e do Estado de São Paulo.

Alegam que o Município de Franca editou a Lei nº 9.159/22, visando inserir o parágrafo único no art. 1º da Lei Municipal nº 7.529/11, para fazer constar que "*A doação destina-se à instalação, implantação e construção de equipamentos públicos para a prestação de serviços voltados à saúde, educação, assistência social, administração e serviços jurisdicionais de quaisquer dos Poderes do Estado de São Paulo*."

Com a alteração legislativa municipal supra, foi aberto procedimento licitatório correspondente à concorrência CGA nº 08/22, processo SES PRC nº 2022/36137, **tendo como objeto a execução das obras de construção do Hospital Estadual de Franca, Avenida São Vicente, s/nº - Franca/SP.**

Entendem, os impetrantes, que havendo ação de retrocessão anterior a todos esses fatos ora postos, é necessária a suspensão de todos os atos posteriores à ação referida, mormente diante da divergência quanto à destinação da área desapropriada, motivo pelo qual **busca a suspensão de qualquer obra na área e de todos os atos decorrentes da concorrência CGA nº 08/22, processo SES PRC nº 2022/36137, tendo como objeto a execução das obras de construção do Hospital Estadual de Franca, Avenida São Vicente, s/nº, Franca/SP,** diante da nulidade absoluta verificada pela modificação da finalidade do ato expropriatório, após o ingresso de ação de retrocessão.

O Município de Franca ingressou no feito como litisconsorte passivo necessário, fls. 359/368.

Por se tratar de mandado de segurança contra ato do Governador do Estado de São Paulo, foi determinada a redistribuição dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, fls. 389. A míngua de ato concreto atribuído ao Governador, o C. Órgão Especial extinguiu a ação mandamental em face do Governador do Estado, ante a ilegitimidade passiva (fls. 405/411).

Acesso ao Sumário

Os impetrantes retificaram o polo passivo, para constar o COORDENADOR DA COORDENADORA GERAL DE ADMINISTRAÇÃO (CGA) DA SECRETARIA DA SAÚDE DO ESTADO DE SÃO PAULO, fls. 420/423.

A r. sentença de fls. 501/505, cujo relatório é o adotado, julgou improcedente a ação, nos termos no art. 487, I, do CPC, denegando a segurança.

Irresignados, apelam os impetrantes às fls. 510/527, pleiteando a reforma da r. sentença. Sustentam, em síntese, os mesmos fatos e fundamentos alegados na inicial, inovando com a informação de que ao lado do Hospital Estadual de Franca há um posto de gasolina, o que torna inviável a construção de um hospital.

Contrarrazões da FESP às fls. 563/573 pelo desprovimento do recurso.

Manifestou-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça, preliminarmente, por aguardar o desfecho do processo nº 1003811-13.2021.8.26.0196, que trata de pedido formulado pelos impetrantes para reconhecimento da retrocessão, diante da possibilidade de repercussão no presente feito. Subsidiariamente, diante da ausência de direito líquido e certo dos impetrantes, opina pelo improvimento das razões recursais.

Há oposição ao julgamento virtual, fls. 584.

É o relato do necessário.

Trata-se de recurso de apelação em face da sentença de fls. 501/505, proferida em ação mandamental, que denegou a segurança requerida **para determinar que a autoridade impetrada suspenda a realização de qualquer obra na área denominada Chácara Espraiado**, consistente de parte do lote 03, designado área A, com 3.884,84 metros quadrados; lote 04, com 6.000,50 metros quadrados; lote 05, designada área A, com área de 2.989 metros quadrados; lote 27, designada área A, com área de 3.950,00 metros quadrados; lotes 28 e 29, com área de 12.100,00 metros quadrados; parte do lote 30, designado área C, com área de 2.235,53 metros quadrados, totalizando uma área de 31.080,97 metros quadrados, **e todos os atos decorrentes da Concorrência CGA nº 08/2022, Processo SES PRC nº2022/36137, tendo por objeto a execução das obras de construção do Hospital Estadual de Franca, na Avenida São Vicente, s/nº, Franca/SP, até decisão final nos autos do Processo nº 1003811-13.2021.8.26.0196**, em tramitação na Vara da Fazenda Pública da Comarca de Franca, que trata da retrocessão.

Pois bem.

Inicialmente, acolho o ingresso do Município de Franca como assistente litisconsorcial, eis que a situação jurídica controvertida pode gerar reflexos na desapropriação amigável objeto do processo nº 1003811-13.2021.8.26.0196, bem como na doação feita pela municipalidade ao Estado de São Paulo.

No mais, em consulta ao site deste Tribunal de Justiça, verifica-se que além do processo nº 1003811-13.2021.8.26.0196 (que trata da retrocessão), há também, apenso a ele, o processo nº 1011017.44.2022.8.26.0196 (ação declaratória de nulidade da Lei Municipal nº 9.159/22, que modificou a Lei Municipal nº 7.529/11, alterada pela Lei Municipal nº 7.587/11), **com pedido liminar de suspensão de qualquer obra na área até decisão final sobre as nulidades apontadas, negado às fls. 194/197 daqueles autos.** Há, inclusive, acórdão de minha relatoria, em agravo de instrumento (processo nº 2159314-45.2023.8.26.0000), no mesmo sentido:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – TUTELA ANTECIPADA – RETROCESSÃO – Insurgência contra o indeferimento do pedido de suspensão de obra na área desapropriada – Pedido já formulado e indeferido em ação conexa – Preclusão consumativa verificada – Inteligência dos arts. 505 e 507 do CPC – Novo pedido, se cabível, que deve ser formulado na ação

conexa – Decisão mantida. NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO."

Outrossim, não há como acatar o pedido de suspensão do tramite processual, até decisão final do processo nº 1003811-13.2021.8.26.0196, efetuado pela Procuradoria Geral de Justiça, pois a substituição da destinação da área desapropriada por outra destinação de interesse público não enseja retrocessão. Não há demonstração de ausência de destinação (adestinação), ou destinação estranha ao interesse público (tredestinação).

Esse, aliás, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO. RETROCESSÃO. DESTINAÇÃO DIVERSA DO IMÓVEL. PRESERVAÇÃO DA FINALIDADE PÚBLICA. TREDESTINAÇÃO LÍCITA MATÉRIA PACIFICADA. SÚMULA 168/STJ. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DE DISSENSO. PRECEDENTES.

1. O recurso de embargos de divergência tem a finalidade de uniformizar a jurisprudência interna do Tribunal, com vistas a afastar eventual conflito em torno dela. É cabível nos casos em que, embora a situação fática dos julgados seja a mesma, há dissídio jurídico na interpretação da legislação aplicável à espécie entre as Turmas que compõem a Seção ou entre as Seções que compõem o Tribunal.

2. Como é possível verificar, trata-se de recurso limitado à análise da divergência jurisprudencial, não se prestando para revisar o acórdão embargado a fim de avaliar a justiça do entendimento exarado. Precedentes.

3. Hipótese em que o acórdão embargado entendeu que, na hipótese, ficou preservado o interesse público.

4. Não cabem embargos de divergência quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado, consoante a Súmula 168/STJ.

5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não há falar em retrocessão se ao bem expropriado for dada destinação que atende ao interesse público, ainda que diversa da inicialmente prevista no decreto expropriatório. Precedentes.

6. A finalidade dos embargos de divergência é a uniformização da jurisprudência do tribunal, não se apresentando como um recurso a mais nem se prestando para a correção de eventual equívoco ou violação que possa ter ocorrido no julgamento do recurso especial (AgInt nos EAREsp 862.496/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Corte Especial, julgado em 16/11/2016, DJe 30/11/2016).

7. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt nos EDv nos EREsp 1421618/RJ, Relator Ministro OG Fernandes, J. 27/11/19).

Daí que a pretensão mandamental de suspender a realização de qualquer obra na área denominada Chácara Espraiado é inviável, pois as partes, ora apelantes, buscam rediscutir ato precluso em outro processo, postulando, de maneira absolutamente imprópria, o reexame da controvérsia, que já foi objeto de decisão judicial.

Obviamente que poderá emanar um provimento jurisdicional favorável,

Acesso ao Sumário

de algum modo, aos ora impetrantes. Entretanto, hoje nada há neste sentido, ao contrário, leis, negócios jurídicos e decisões do Poder Judiciário válidos e eficazes compõem o quadro atual.

Outrossim, é sabido que o mandado de segurança exige comprovação inequívoca do alegado direito violado, por meio de documentação, por ocasião da impetração.

Bem por isso, Diomar Ackel Filho em seu "*Writs* Constitucionais", Editora Saraiva, 2ª edição, 1991, São Paulo, pág. 77, 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."*

Sobre o tema, diz Celso Ribeiro Bastos, em sua monografia "Do Mandado de Segurança", Saraiva, São Paulo, 1982, pág. 11:

> *"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. Mais 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 especificamente, para a admissibilidade do seu conhecimento."*

Daí que, quanto à pretensão de suspender a Concorrência CGA n° 08/2022, Processo SES PRC n° 2022/36137, instaurada para a seleção da melhor proposta para a execução de obras de construção do Hospital Estadual de Franca, **visto que a propriedade da área destinada à construção da obra está em discussão na ação de retrocessão** que os apelantes movem contra o Município de Franca e Estado de São Paulo (Proc. Nº 1003811-13.2021.8.26.0196), não se vislumbra o direito líquido e certo dos apelantes.

Com a desapropriação amigável, a propriedade da área passou, por escritura pública, para o Município de Franca e foi posteriormente doada ao Estado de São Paulo, retirando dos apelantes o domínio sobre o bem imóvel.

Conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello: "*O ato administrativo é válido quando foi expedido em absoluta conformidade com as exigências do sistema normativo. Vale dizer, quando se encontra adequado aos requisitos estabelecidos pela ordem jurídica. Validade, por isto, é a adequação do ato às exigências normativas." Ainda: "Tendo em vista os interesses que lhe cumpre proteger, realizar e assegurar, a Administração está adornada de prerrogativas que lhe são conferidas pelo sistema normativo a fim de que sua atuação possa objetivar eficazmente os escopos consagrados como próprios da coletividade internos ao setor público.*[1]

1 Curso de Direito Administrativo 28ª edição págs. 387 e 417.

A concorrência pública, que visa a execução de obras de construção do Hospital Estadual de Franca na área desapropriada, não foi impugnada em sua forma e foi publicada obedecendo aos requisitos legais, não se vislumbrando ilegalidade no ato administrativo. O que os apelantes buscam, segundo o pedido da inicial, é a sua suspensão **em razão de processo judicial de retrocessão em curso**, sob a frágil alegação de que a ação pode repercutir no certame.

O processo de retrocessão **encontra-se em fase de dilação probatória**. A pretensão mandamental, portanto, não se origina de fato certo (a efetiva ocorrência da retrocessão), não podendo ser comprovado o direito dos apelantes sobre a área sem qualquer espécie dilatória. E, necessitando de comprovação ulterior, o direito não será considerado como líquido e nem ao menos como certo.

No mesmo sentido é a jurisprudência deste E. Tribunal:

"Apelação Cível – Mandado de Segurança com Pedido Liminar – Ato administrativo – Promessa de doação de imóvel pelo poder público à empresa recorrente – Pretensão de declaração de nulidade do ato administrativo que ordenou o distrato da promessa de doação c.c. pedido de desocupação do imóvel (prédio) e revogação definitiva do distrato – Sentença que DENEGOU a segurança, nos termos do artigo 487, I, do CPC, pela ausência de violação a direito líquido e certo e legitimidade do ato administrativo – Decisão escorreita amparada nas provas colacionadas aos autos – Ausência de direito líquido e certo – Ato administrativo válido, motivado e legal – Recurso desprovido." (Apelação Cível nº 1001160-92.2022.8.26.0189, 7ª Câmara de Direito Público, Relator Eduardo Gouvêa, J. 12/09/22)

"MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. Pretensão destinada à suspensão da adjudicação do objeto de Pregão Eletrônico à licitante vencedora, sob a alegação de que que esta não teria comprovado o preenchimento do requisito atinente à qualificação econômico-financeira. Indeferimento. É cabível que em algumas situações, a apresentação do balanço patrimonial do ano anterior possa ser insuficiente ou inútil para verificação da capacidade financeira da licitante. Precedente do STJ, REsp 402.711/SP. Empresa que sofreu transformação societária em fevereiro de 2022, de modo que seria dispensável, ou até mesmo inexistente, balanço patrimonial de exercício anterior. Demonstração de resultado do exercício de 2022 que seria suficiente. Presunção de legalidade e legitimidade do ato administrativo impugnado. Ausência de direito líquido e certo. Ordem denegada. Manutenção. RECURSO NÃO PROVIDO" (Apelação Cível nº 1072486-35.2022.8.26.0053, 11ª Câmara de Direito Público, Relator Jarbas Gomes, J. 14/02/24).

De rigor, portanto, a manutenção da sentença, com a denegação da segurança, porém, com fundamento diverso.

Com a sucumbência, custas e despesas processuais aos impetrantes, incabível a fixação de honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/09.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1064624-76.2023.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MATHEUS CARVALHO DE HOLANDA, 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 Dr. Thiago Inamori Silva.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.768)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores OSCILD DE LIMA JÚNIOR (Presidente), AFONSO FARO JR. e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 30 de julho de 2024.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO – POLÍCIA MILITAR – CONCURSO INTERNO – PROMOÇÃO À GRADUAÇÃO DE CABO PM 2022 (Edital DEC 13/21/22) – Insurgência contra reprovação no concurso de promoção, em razão da apresentação de Certidão de Prontuário da CNH ilegível – Descabimento – Ausência de ilegalidade – Edital que é expresso a respeito da necessidade de comprovação, pelo policial militar, de que é motorista habilitado, o que deveria se dar mediante apresentação da Certidão de Prontuário da CNH, expedida pelo DETRAN-SP – Requisito previsto no item 1.5 do edital e do art. 2º, inciso IV, da Lei Complementar Estadual nº 892/01 – Critério que não foi atendido pelo autor nos moldes especificados no edital – Cabia ao autor zelar e verificar se todos os arquivos enviados estavam corretos e, consequentemente, legíveis – Regra editalícia que é clara e deve ser respeitada, sob pena de violação da isonomia entre os participantes – Precedentes deste E. Tribunal – Sentença de improcedência mantida.
Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação anulatória de ato administrativo ajuizada por Matheus Carvalho de Holanda contra a Fazenda do Estado de São Paulo, alegando que é Soldado da Polícia Militar e se inscreveu no concurso interno para promoção à graduação de Cabo PM (Edital DEC 13/21/22), porém foi reprovado na etapa

Acesso ao Sumário

de análise da comprovação de requisitos de inscrição e títulos, com a justificativa de que a Certidão de Prontuário da CNH, obtida por meio do DETRAN/SP, estava ilegível, não sendo possível visualizar e ampliar o documento para verificar as informações. Com fulcro no subitem 1.5 e 1.5.1, interpôs recurso administrativo, que foi indeferido pelo mesmo fundamento. Afirma, contudo, que a Certidão de Prontuário da CNH foi regularmente apresentada, com fácil visualização de todos os caracteres, assim como quando da sua ampliação, que mantém a qualidade de leitura do arquivo. Assim, não há qualquer cabimento na justificativa da ré em excluí-lo do certame, uma vez que cumpriu todos os requisitos para sua promoção à graduação de Cabo PM. Salienta que a própria Administração Pública não respeitou o edital ao excluir um candidato que estava devidamente em dia com suas obrigações, pois só seriam aptos os candidatos que respeitassem os requisitos previstos. Requereu, pois, a concessão de tutela de urgência, a fim de que fosse reservada sua vaga e que fosse reintegrado ao certame. Ao final, requereu a declaração de nulidade do ato administrativo de reprovação, com a consequente promoção à graduação de Cabo PM, a contar de 07/09/2023, bem como o pagamento das diferenças salariais em atraso.

A tutela provisória de urgência foi indeferida pela r. decisão de fls. 236.

A r. sentença de fls. 359/361 julgou improcedente o pedido, nos termos do art. 487, I, do CPC, condenando o autor ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor da causa.

Inconformado, o autor interpôs recurso de apelação a fls. 366/379, pretendendo a reforma do julgado, deduzindo que são completamente ilegais e arbitrários os motivos que ensejaram o seu desligamento do certame, pois cumpriu adequadamente o requisito previsto no edital, com a apresentação de Certidão de Prontuário da CNH legível e com boa qualidade. Ademais, cumpriu com o requisito do edital (ser motorista habilitado), sendo que a ré tinha meios suficientes para comprovar tal fato.

O recurso foi respondido a fls. 386/394.

É o relatório.

O recurso deve ser desprovido.

Compulsando os autos, verifica-se que o autor é policial militar e se inscreveu no concurso interno de seleção para promoção à graduação de Cabo, conforme Edital DEC-13/21/22, de 28/11/2022(fls. 32/46), com lastro na Lei Complementar Estadual nº 892/01, não tendo logrado aprovação na etapa de comprovação de requisitos de inscrição e títulos, com a justificativa de que a Certidão de Prontuário da CNH estava ilegível.

Ora, no referido edital fora estabelecido, em seu capítulo II, nos itens 1.5, 1.5.1 e 1.8, que o candidato deveria comprovar que é motorista habilitado mediante apresentação da Certidão de Prontuário da CNH, expedida pelo DE-

Acesso ao Sumário

TRAN-SP. Igualmente dispõe a legislação de regência[1], a respeito dos critérios de promoção.

Ou seja, tal procedimento, de incumbência unicamente do candidato, era imprescindível para a comprovação do referido requisito, não cabendo à Administração Pública sanar eventual ausência ou irregularidade por outros meios ou diligências, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia e da impessoalidade.

No entanto, consoante se infere do documento de fls. 279, o autor apresentou Certidão de Prontuário da CNH ilegível, que não permite a visualização dos dados nela inseridos nem mesmo ao se aumentar o "zoom", o que resulta no descumprimento de requisito previsto no item 1.5 do edital e do art. 2º, inciso IV, da Lei Complementar Estadual nº 892/01.

Inclusive, a Polícia Militar informou que, "*durante a análise do documento enviado, foram realizadas tentativas de leitura em diversos computadores e, em todos, não foi possível visualizar as informações, permanecendo ilegível*" (fls. 261).

Diferentemente do que sustenta em suas razões recursais, que busca atribuir a um "erro da plataforma" a diminuição da qualidade do documento, cabia ao autor zelar e verificar se todos os arquivos enviados estavam corretos e, consequentemente, legíveis.

Em suma, a regra editalícia é clara e deve ser respeitada, não havendo que se falar em nulidade do ato administrativo que desclassificou o autor do concurso interno, razão pela qual a manutenção da sentença de improcedência é medida de rigor.

Nesse sentido tem decidido esta Corte de Justiça, ao analisar casos envolvendo o mesmo certame:

> **CONCURSO INTERNO – PROMOÇÃO À GRADUAÇÃO DE CABO DA POLÍCIA MILITAR – Policial militar eliminada de concurso de promoção por não ter apresentado Certidão de Prontuário da CNH – Requisito previsto no edital – Certidão de Histórico de Pontos que não se confunde com a Certidão de Prontuário – Documentos com funções diversas e que não se equivalem – Descumprimento de requisito previsto pelo edital – Ato administrativo que não foi abusivo ou desarrazoado – Exclusão do certame que era medida de rigor – Direito líquido e certo não demonstrado – Sentença mantida. RECURSO IMPROVIDO** (Apelação Cível 1043070-85.2023.8.26.0053; Relatora: Maria Fernanda de Toledo Rodovalho; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 13ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 05/02/2024; Data de Registro: 05/02/2024);
>
> **APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – Concurso para**

1 Arts. 1º e 3º da Lei Complementar Estadual nº 892/2001, que estabelece os critérios para promoção de Cabos e Soldados da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

promoção à graduação de cabo PM – Candidato reprovado – Pretensão de ser reintegrado ao certame – Impossibilidade – Candidato que não apresentou a certidão de prontuário da CNH – Requisito previsto no edital – Inexistência de prazo para complementar a documentação – Administração Pública que está vinculada ao regulamento do concurso – Inaplicabilidade da Súmula 266 do STJ – Inexistência de ofensa a direito líquido e certo – Sentença de denegação da segurança mantida. Recurso desprovido (Apelação Cível 1032910-98.2023.8.26.0053; Relatora: Ana Liarte; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 11/03/2024; Data de Registro: 13/03/2024).

Para fins de eventual prequestionamento, consigne-se inexistir ofensa às normas constitucionais e legais mencionadas no apelo.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso, mantida integralmente a r. sentença, e, nos termos do art. 85, §11, do CPC, majoro os honorários advocatícios para 12% do valor da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1028215-47.2023.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante/apelado CETESB - COMPANHIA DE TECNOLOGIA DE SANEAMENTO AMBIENTAL, é apelado/apelante JOÃO PARREIRA NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da ré e deram parcial ao da autora, V.U. Sustentaram oralmente o Doutor Adilson Elias de Oliveira Sartorello e o Excelentíssimo Procurador de Justiça Doutor Hamilton Alonso Júnior", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.492)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MIGUEL PETRONI NETO (Presidente) e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 1º de agosto de 2024.

PAULO ALCIDES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MEIO AMBIENTE. AÇÃO ORDINÁRIA PROPOSTA CONTRA A "CETESB". PRETENSÃO DE SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM TERRENOS LOCALIZADOS NO BAIRRO "JARDIM MARY", EM BAURU/SP. PROCEDÊNCIA. APE-

LOS INTERPOSTOS POR AMBAS AS PARTES. QUESTÃO DELIBERADA PELO GRUPO ESPECIAL DE CÂMARAS DE DIREITO AMBIENTAL DESTE TRIBUNAL (IAC N° 03). TESE FIRMADA NO SENTIDO DA INCIDÊNCIA DA NORMA PREVISTA NO ARTIGO 40, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI ESTADUAL Nº 15.684/2015. BAIRRO COM SITUAÇÃO JURÍDICA IDÊNTICA AO "JARDIM AVIAÇÃO" (OBJETO DO IAC). APLICAÇÃO DO PRECEDENTE VINCULANTE, À LUZ DOS ARTIGOS 927, III, E 489, VI, AMBOS DO CPC. EFEITOS DO JULGADO QUE PRESCINDEM DE TRÂNSITO EM JULGADO (ARTIGO 947, §3º, DO DIPLOMA PROCESSUAL CIVIL). PRECEDENTES. AUTORIZAÇÃO PARA TRANSPORTE DA VEGETAÇÃO, DANDO-LHE A DESTINAÇÃO ECOLOGICAMENTE ADEQUADA. ÔNUS SUCUMBENCIAIS IMPUTADOS À RÉ, VENCIDA NA DEMANDA. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. RECURSO DA AUTORA PROVIDO EM PARTE, DESPROVIDO O DA RÉ.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a sentença, relatório adotado, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado em ação ordinária proposta por JOÃO PARREIRA NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS contra CETESB DE BAURU para "*autorizar a supressão total da vegetação existente nas áreas nºs 125.059, v125.060, 125.061, 13.418, 13.419, 13.423, 43.424 e 53.186, quadra 3405(49) SETOR 03, lote nº 1, 2, 7, 8, 13, 14, 19 e 35 localizadas no Bairro Jardim Aviação (1º Cartório de Registro de Imóveis de Bauru)* (fl. 163).

A requerida postula a improcedência do pedido. Alega que a apelada não tem direito adquirido à supressão da vegetação. Aduz que o IAC em questão ainda não transitou em julgado. Menciona a importância do bioma do cerrado. Cita julgados sobre a matéria (fls.177/203).

A autora, por sua vez, requer a autorização para armazenamento e transporte da vegetação suprimida. No mais, alega que os ônus sucumbenciais devem ser imputados à apelada, pois seu pedido foi atendido (fls. 208/214).

Contrarrazões (fls. 221/233).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso da CETESB (fls. 255/262).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

A pretensão da Cetesb vai de encontro ao deliberado pelo Grupo Especial de Câmaras de Direito Ambiental (IAC nº 03), que firmou a seguinte tese:

> *"Aplica-se ao Loteamento "Jardim Aviação", localizado o Município de Bauru/SP, a norma prevista no artigo 40, parágrafo único, da Lei Estadual nº 15.684/2015, dada as suas peculiaridades, aprovação e regularização no ano de 1947".*

Embora o lote em questão não esteja situado no bairro "Jardim Aviação" (mas sim no Jardim Mary – fl. 02), em se tratando de situações jurídicas idênticas (loteamento localizado em área urbana consolidada, fora de APA ou APP e aprovado, à luz da lei de regência, há décadas), o julgado paradigma é de observância obrigatória, nos termos dos artigos 927, III, e 489, VI, ambos do CPC.

Nesse sentido, já de decidi:

> "AÇÃO DECLARATÓRIA PROPOSTA CONTRA A FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO. PRETENSÃO DE AUTORIZAÇÃO PARA SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO LOCALIZADA EM PERÍMETRO URBANO DA COMARCA DE BAURU/SP. PLEITO JULGADO PROCEDENTE PELO MM. JUÍZO "A QUO". APELAÇÃO INTERPOSTA PELA FAZENDA ESTADUAL. LOTEAMENTO APROVADO E INSTITUÍDO NO ANO DE 1975, CONFORME A LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 40 DA LEI ESTADUAL N° 15.684/2015. APLICABILIDADE DA TESE FIRMADA NO IAC N° 0019292-98.2013.8.26.0071. PRECEDENTE DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA À LUZ DOS ARTIGOS 927, III, E 489, VI, AMBOS DO NCPC. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO" (AP nº 1013917-26.2018.8.26.0071).

Nem se alegue, ainda, a necessidade de trânsito em julgado do IAC, pois o artigo 947, §3º, não exige tal formalidade.

O C. STF, a propósito, já se debruçou sobre a questão:

> "AGRAVO INTERNO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. INCORPORAÇÃO DE QUINTOS APÓS A LEI 9.624/1998. ILEGALIDADE. PRECEDENTE FIRMADO NO JULGAMENTO DO PARADIGMA DE REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO IMEDIATA DO ENTENDIMENTO FIRMADO AOS CASOS IDÊNTICOS, INDEPENDENTEMENTE DO TRÂNSITO EM JULGADO DO PARADIGMA" (MS 35446 AgR, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/04/2018).

Nesse sentido, recente precedente da Câmara:

> "APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA E ANULATÓRIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DA FAZENDA PÚBLICA RÉ. RECURSO SOBRESTADO AGUARDANDO DEFINIÇÃO DE TESE NO IAC Nº 0019292-98.2013.8.26.0071. TESE FIXADA. LIBERADO O PROCESSAMENTO DO PRESENTE RECURSO. SEM RAZÃO O RECORRENTE. NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DA INSTITUIÇÃO DO LOTEAMENTO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 40 DA LEI ESTADUAL Nº 15.684/2015. ANULAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO. HONORÁRIOS RECURSAIS FIXADOS. RECURSO DESPROVIDO. (...) Foi firmado o entendimento pelo Grupo Especial de Câ-

maras Ambientais, órgão competente para o julgamento de assunção de competência nos termos do artigo 32, II e §4º do RITJ, o que desde logo deve irradiar os efeitos inerentes às teses fixadas no incidente no âmbito deste tribunal, não havendo a necessidade de trânsito em julgado, conforme aplicação analógica de precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça" (Ap. nº 1001061-30.2018.8.26.0071, rel. Roberto Maia, j. em 18/05/2023).

A insurgência da autora, por fim, comporta acolhimento parcial.

Fica desde já autorizada a remoção da vegetação, dando-se destinação ecologicamente adequada.

Quanto aos ônus sucumbenciais, assiste-lhe razão.

A pretensão foi integralmente acolhida, de modo que os ônus sucumbenciais cabem à ré, além dos honorários advocatícios arbitrados na r. sentença.

Ademais, denegada a pretensão recursal da demandada, os honorários são majorados para 15% da causa da causa, nos termos do artigo 85, §11, do CPC.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso ré e dá-se parcial ao da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1000318-05.2023.8.26.0472, da Comarca de Porto Ferreira, em que é apelante BRK AMBIENTAL - PORTO FERREIRA S/A, é apelado AGÊNCIA REGULADORA DE SERV. PÚBL. DO MUN. DE PORTO FERREIRA.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após sustentação oral da Dra. Gabriela Sasson Rassi, OAB/PR 122.862, negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.258)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente sem voto), RICARDO CHIMENTI e MARCELO L THEODÓSIO.

São Paulo, 1º de agosto de 2024.

HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Embargos à execução fiscal – Contrato Administrativo de Concessão – Multa administrativa – Agência Reguladora – ARMPF – Preliminar de nulidade da sentença por vício na fundamentação – Inocorrência Sentença prolatada que expõe de forma suficiente os argumentos em que fundada –

Acesso ao Sumário

Preliminar de cerceamento de defesa – Inocorrência – Processos administrativo em que se fundam a CDA e o AIIM que já constam nos autos – Preliminar de inépcia da inicial – Inocorrência – Demonstrativo de débitos que não é requisito da execução fiscal – Alegada nulidade da CDA CDA hígida – Penalidade aplicada em virtude da violação ao contrato administrativa e com fundamento na IN nº 06/2019 – Alegada violação ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa no âmbito do processo administrativo – Alegação de que a violação que contamina o título executivo – Processo administrativo que respeitou o devido processo legal, ampla defesa e o contraditório, inclusive na vertente substancial da proporcionalidade e razoabilidade – Inexistência de indicação concreta da violação que torna genérica a alegação e impede o acolhimento – Prova dos autos que indica oportunidade de defesa administrativa, regular intimação, conhecimento do procedimento administrativo sancionador e ponderação pela autoridade administrativa das razões invocadas – Processo administrativo hígido – Alegação de vícios na multa administrativa aplicada – Motivação – Inocorrência de vício – Sanção devidamente motivada – Violação da proporcionalidade – Arbitramento dentro dos limites normativos – Ponderação do montante, quando dentro dos limites normativos e contratuais, que está inserida no mérito do ato e é insuscetível de controle pelo Poder Judiciário – Impossibilidade de redução – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça – RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por BRK AMBIENTAL – PORTO FERREIRA S/A contra a sentença de fls. 505/509, que julgou improcedentes os embargos opostos à execução fiscal nº 1002623-93.2022.8.26.0472, ajuizada pela AGÊNCIA REGULADORA DE SERV. PÚBL. DO MUN. DE PORTO FERREIRA objetivando a cobrança de multa por descumprimento de contrato de concessão para prestação de serviços de saneamento.

Os embargos à execução foram julgados improcedentes, condenando a embargante ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor atualizado da causa.

Inconformada, a embargante apela da r. sentença prolatada. Preliminarmente, alega nulidade da sentença por vício na fundamentação. Afirma que a sentença combatida invocou fundamentos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão e deixou de rebater os argumentos invocados. Alega também invalidade da sentença por cerceamento de defesa. Afirma que a agravante formulou pedido expresso de produção de provas, especificamente para que fosse compelida a embargada a apresentação do "processo administrativo tributário" que deu azo à CDA, o que foi desconsiderado, uma vez que proferida sentença em julgamento antecipado do feito. Afirma também que a prova é pertinente para deslinde da demanda. Alega também inépcia da petição inicial da execução fiscal, uma vez que não conta demonstrativo de cálculo do débito. Alega nulidade do título executivo. Afirma que os processos administrativos estão viciados, por violação ao devido processo legal e ao dever de motivação, com repercussão sobre a validade também do título executivo. Afirma que não houve abertura de fase instrutória, não foram fornecidas cópias solicitadas pela embargante no processo administrativo e não houve motivação dos atos, vícios que importam nulidade no processo administrativo. Alega também que a dosimetria da sanção imposta também é nula, uma vez que ausente motivação do ato, e alega vício de incompetência. Afirma que não há motivação no ato que classificou a multa em grave. Afirma ainda que o a autoridade administrativa que realizou a classificação da infração é distinta da autoridade que presidiu o procedimento administrativo, o que não se admite. Alega, por fim, desproporcionalidade da sanção aplicada, uma vez que não restou demonstrado quais critérios foram considerados para aplicação da sanção grave em seu patamar máximo. Assim, pretende a nulidade da sentença, pelas razões expostas, subsidiariamente a declaração de nulidade do título, com extinção da execução fiscal, ou, ainda, também de forma subsidiária, a redução do valor da multa aplicada.

Contrarrazões às fls. 541/543.

É o relatório.

Ante a peculiaridade do caso concreto, a solução exige exame minucioso dos fatos e dos autos em análise. Vejamos.

Nos embargos à execução, a autora narra que é concessionária da prestação de serviços de saneamento básico no Município de Porto Ferreira desde 2011, em razão do Contrato de Concessão nº 55/2011 (fls. 275/338).

Afirma que tomou conhecimento no ano de 2021 do Processo Administrativo Fiscalizatório E-33/2020, em que a embargada, Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de Porto Ferreira, doravante ARMPF, examinou a suposta inexecução das obras da Estação Elevatória de Esgoto EEE-4 ("EEE Cristo") e da Linha de Recalque LR-04, obrigação de fazer integrante do Contrato de Concessão.

Narra que apresentou defesa administrativa no respectivo processo e que

Acesso ao Sumário

a inexecução das obras decorreu de fatores alheios à vontade das partes. Justificou o descumprimento em razão da necessidade de revisão do equilíbrio financeiro do contrato. Também afirmou que a inexecução das obras contratadas decorreu de culpa do poder concedente, uma vez que houve demora na disponibilização de área indispensável à realização das obras. Contudo, fora rejeitada a defesa administrativa.

Encerrado o procedimento administrativo fiscalizatório, fora instaurado procedimento administrativo punitivo I-63/2021. A agravante fora intimada da instauração ainda no ano de 2021, tendo sido determinada a apresentação da implantação das obras no prazo de 10 dias úteis. Apresentou nova defesa administrativa e recurso administrativo que, em síntese, reiterava a necessária revisão financeira da concessão e consequências do atraso pelo poder concedente na disponibilização de áreas para implantação das obras. Rejeitado o recurso administrativo, houve nova intimação para implantação, oportunidade em que a agravante requereu a formalização de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), para viabilizar a realização da obra, o que também foi rejeitado pela agravada em razão da falta de amparo contratual para realização do TAC e em razão do grande atraso na realização da obra.

Em sequência, fora lavrado auto de infração e imposição de multa nº 02/2022 (AIIM 02/22), em que restou valorada a infração como grave e fixada a multa em 0,3% do valor total líquido recebido pela concessionária nos 12 meses anteriores à notificação. Novo recurso administrativo foi interposto e foi rejeitado. Novo recurso, agora dirigido ao Prefeito do Município, que também negou provimento. Então, encerrada a esfera administrativa, fora lavrada CDA nº 02/2022, que embasa a execução fiscal nº 1002623-93.2022.8.26.0472, conexa a estes autos.

Em sede de embargos, como já descrito no relatório, em apertada síntese, entende a embargante que há diversas nulidades no processo administrativo e no título executivo, o que justifica a pretensão de extinção da execução fiscal ou, subsidiariamente, a redução da multa cominada.

A r. sentença, então, considerou desnecessária a produção de novas provas. Afastou também qualquer inépcia da inicial ou nulidade da CDA, posto que preenchidos os requisitos do art. 202, do CTN. No mérito, ponderou que não há vício nos processos administrativos, posto que houve regular exercício do contraditório e ampla defesa. Entendeu também inexistente vício de motivação na aplicação da sanção, uma vez que fora fundamentada no contrato de concessão e na instrução normativa nº 06/2019, especificamente nos artigos 10 e 13. Aponta ainda que a embargante foi devidamente notificada de todo o trâmite do processo administrativo quanto à falta de implantação das melhorias, não tendo sido demonstrado o atendimento aos termos do contrato pela embargante. Por fim, afirma regular e balizada a multa, pois aplicada nos limites legais. Julgou,

portanto, improcedente os embargos e condenou a embargante às custas e despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da causa.

Agora, pende a presente apelação.

Pois bem.

Ante a complexidade e extensão da presente demanda, passo ao exame dos pontos combatidos pelo recurso de apelação sob a perspectiva de tópicos.

Preliminar de nulidade da sentença por vício na fundamentação e por cerceamento de defesa

Afasto as alegações de nulidade da sentença. A fundamentação da r. sentença combatida é suficiente para extrair o juízo de convencimento do magistrado de primeiro grau. Todos os fundamentos arguidos foram objeto de apreciação e foram fundamentadamente descartados, inexistindo subsunção a nenhuma das hipóteses do art. 489, §1º do CPC. Vale lembrar a sedimentada jurisprudência dos Tribunais Superiores de que é suficiente a fundamentação que examina as questões necessárias à solução da controvérsia, ainda que dê desfecho diverso daquele pretendido pela parte. Vejamos:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. REENQUADRAMENTO FUNCIONAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA. SENTENÇA PROFERIDA EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. CABIMENTO DA APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO. PROVIMENTO DE APELAÇÃO EM JULGADO COLEGIADO. VIOLAÇÃO DO ART. 932, III, DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. AFRONTA À COISA JULGADA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. QUESTÃO NÃO PREQUESTIONADA. SÚMULA 211/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. 1. Relativamente aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015, deve-se ressaltar que o acórdão recorrido não incorreu em nenhum vício, uma vez que o voto condutor do julgado apreciou, fundamentadamente, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pela parte recorrente. Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. [...] (EDcl no REsp n. 1.816.457/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/2/2020, DJe de 18/5/2020.)

Ademais, a embargante recorre em apelo reiterando todos os exatos termos dos embargos à execução o que, a rigor, devolve a esta E. Câmara julgadora a apreciação de todos os pontos, o que é capaz de suprir qualquer deficiência pontual eventualmente existente.

Também afasto a alegação de nulidade da sentença em razão do cerceamento de defesa.

De fato, como descrito no relatório, a apelante requereu tanto na inicial, como na manifestação de fls. 502/503, que fosse determinada "*ordem de exibi-*

Acesso ao Sumário

ção de documentos contra a ARMPF, para que ela exiba em juízo cópia integral de eventual e suposto "processo administrativo tributário" prévio à inscrição do alegado crédito tributário em dívida ativa". Como fundamento, aponta que em outros dois processos em trâmite (nº 1000960-12.2022.8.26.0472 e 1000621-53.2022.8.26.0472), a medida fora deferida por este E. Tribunal.

No entanto, embora a agravante queira fazer crer que há identidade de quadro fático, não há.

Extrai-se da fundamentação dos embargos à execução e da presente apelação a desnecessidade de juntada de qualquer outro processo administrativo que não aqueles que já constam nos autos. A fundamentação das peças orbita em torno da nulidade dos processos administrativos que culminaram na CDA, que funda a execução. Nos autos destes embargos à execução fiscal, consta os autos do "processo administrativo fiscalizatório E-33/2020", seguido pelos autos do "processo administrativo punitivo I-63/2021". Em seguida, há ainda o AIIM nº 02/22, produto do processo administrativo punitivo.

Ao que se extrai dos documentos citados, o título executivo, ou seja, a CDA, decorre dos processos administrativos que já constam nestes embargos à execução. Ou seja, diferentemente do que alega a apelante, não há outro processo administrativo a ser juntado aos autos ou apreciado. Veja-se: a CDA, que funda a execução fiscal, fora lavrada com fundamento no AIIM nº 02/22 que, por sua vez, é produto do PAD I-63 – como consta, inclusive, expressamente na CDA (fls. 126): "**ORIGEM: AIIM 02/2022 – PROCESSO I-63**".

Assim, não há qualquer outro processo administrativo que deu origem à CDA. Não se há falar em "processo administrativo tributário" que deu origem à CDA, até porque multa contratual não tem natureza jurídica de tributo, nos termos do art. 3º, do CTN:

> Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Ainda que assim não fosse e, de fato, houvesse algum processo administrativo faltante, ainda assim não mereceria provimento o recurso. Isto porque a jurisprudência desta E. Câmara Especializada é pacífica no sentido de que só se justifica a determinação de juntada aos autos do processo administrativo pelo ente público quando demonstrado óbice ao acesso dos autos pelo particular, o que sequer é alegado nestes autos. Vejamos:

> Execução Fiscal. Multa por infração às normas relativas ao ISSQN do exercício de 2012. Decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade em que alegado cerceamento de defesa no processo administrativo que deu azo às cobranças. Insurgência da excipiente. Pretensão à reforma. Desacolhimento. Excipiente que apenas afirma que não houve a notificação dos lançamentos, sem trazer elementos que corroborem suas alegações. Municipalidade exequente que, por outro lado, carreou

Acesso ao Sumário

aos autos documento que demonstra a notificação da devedora no dia 03/10/2012. Possibilidade de o Juízo *a quo* determinar à municipalidade que acoste, no processo eletrônico, o processo administrativo fiscal, nos termos do art. 41 da LEF, **caso não seja facultado acesso direto ao interessado, o que não se comprovou no caso sub judice**. Necessidade de dilação probatória que demonstra a inadequação da exceção de pré-executividade. Decisão mantida. Recurso não provido. (Agravo de Instrumento 2120135-07.2023.8.26.0000; Relator: Ricardo Chimenti; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro das Execuções Fiscais Municipais - Vara das Execuções Fiscais Municipais; Data do Julgamento: 06/07/2023; Data de Registro: 06/07/2023)

Assim, não se vislumbra no caso em tela a nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

Preliminar de inépcia da inicial da execução fiscal

Alega a apelante que deve ser reconhecida a inépcia da inicial da execução fiscal, uma vez que não é narrada a causa de pedir, nos termos do art. 330, I, do CPC, bem como em razão da falta de juntada de demonstrativo do cálculo do débito.

Diferentemente do que se exige nos processos de conhecimento, basta para propositura da execução fiscal a juntada do título executivo. A causa de pedir é, justamente, o título executivo, ou seja, a CDA.

O título executivo é pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo de execução. Sua existência, portanto, é pressuposto lógico e necessário de qualquer discussão de mérito. No âmbito da execução fiscal, para que se possa considerar existente, o título executivo deve atender aos requisitos dos arts. 202 do CTN e 2º, § 5º, da LEF, a saber:

CTN:

Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente:
I - o nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;
II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;
III - a origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;
IV - a data em que foi inscrita;
V - sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito.
Parágrafo único. A certidão conterá, além dos requisitos deste artigo, a indicação do livro e da folha da inscrição.

LEF:

Art. 2º [...] § 5º - O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:
I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;
II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;
III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;
IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização

Acesso ao Sumário

> monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;
> V - a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e
> VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.
> § 6º - A Certidão de Dívida Ativa conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente.

Por sua vez, o art. 203 do CTN estabelece que: "*A omissão de quaisquer dos requisitos previstos no artigo anterior, ou o erro a eles relativo, são causas de nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente, mas a nulidade poderá ser sanada até a decisão de primeira instância, mediante substituição da certidão nula, devolvido ao sujeito passivo, acusado ou interessado o prazo para defesa, que somente poderá versar sobre a parte modificada."* No mesmo sentido, porém com redação mais enxuta, dispõe o § 8º do art. 2º da LEF, segundo o qual: *"Até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos*."

Ou seja, a omissão quanto a qualquer um dos requisitos da CDA é causa de nulidade do título executivo, mas o Fisco pode emendar ou substituir a CDA, até a prolação da sentença de embargos, para a correção de erro formal ou material, vedada a modificação do sujeito passivo da execução (Súmula 392 do STJ), caso em que o vício nulifica o próprio lançamento, incorrigível mediante a simples emenda ou substituição da cártula.

No caso, a CDA contém todos os elementos indispensáveis à identificação da origem, natureza e fundamento legal da dívida, especificamente, a indicação do AIIM 02/2022 e o Processo I-63/2021. O demonstrativo de cálculos do débito não é requisito da execução fiscal, sendo irrelevante a ausência, uma vez que pode ser suprida pelas partes a qualquer momento, entendimento este sedimentado na Súmula nº 559, do STJ. Vejamos:

> *Súmula 559-STJ: Em ações de execução fiscal, é desnecessária a instrução da petição inicial com o demonstrativo de cálculo do débito, por tratar-se de requisito não previsto no art. 6º da Lei n. 6.830/1980.*

Observe-se, por fim, que, a cártula traz expressamente a **natureza não tributária do débito e o fundamento legal do débito, que transcrevo: "*Contrato de Concessão 55/2011 e Instrução Normativa 06/2019, artigos 10 e 11*"**. Transcrevo também os artigos da IN 06/2019 citados:

> Art. 10 A aplicação penalidade de multa deverá observar o percentual máximo definido no contrato de programa ou de concessão, ou, nos casos omissos, os percentuais e valores estabelecidos nesta Instrução Normativa.
> § 1º Para fins de definição dos valores das multas, entende-se por valor do faturamento anual líquido as receitas oriundas da prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário correspondente ao ano fiscal anterior à lavratura do Auto de Infração.

Acesso ao Sumário

> § 2º Inexistindo faturamento no ano fiscal anterior, ou sendo este parcial, adotar-se-á como parâmetro de cálculo a projeção de faturamento anual líquido para o respectivo ano em que for lavrado o Auto de Infração.
> Art. 11 É infração do Grupo I, de natureza leve, sujeita à penalidade de advertência ou multa, aquelas que não representam prejuízos à prestação do SERVIÇO DE SANEAMENTO, danos ao meio ambiente ou riscos à saúde pública, e terão seu valor estabelecido em até 0,01% (um centésimo por cento) do valor total líquido recebido dos últimos 12 (doze) meses anteriores à notificação pelo PODER CONCEDENTE.

Assim, não há inépcia na inicial, uma vez que não se exige a descrição pormenorizada da causa de pedir, posto que decorre da existência do título executivo, que por sua vez não contém vícios. Tampouco há vício por ausência de demonstrativo de débito, nos termos da Súmula nº 559 d**o STJ.**

Violação ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa no processo administrativo

Nesse ponto, não se vislumbra o aludido vício.

A parte sustenta vícios à validade dos processos administrativos instaurados pela apelada e, por consequência, da multa a ela imposta. Afirma, de forma genérica, a existência de violações ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. Contudo, não aponta de forma específica em que momento teriam ocorrido as violações, em relação a quais fundamentos ou pretensões veiculadas. Limita-se tão somente a arguir que não fora aberta fase de instrução nos citados processos.

De início, é necessário destacar que da leitura dos embargos à execução, dos autos, do recurso de apelação ou mesmo deste v. Acórdão, extrai-se **diversas oportunidades de defesa à ré.** Foram interpostos diversos recursos administrativos, todos resolvidos, tendo, inclusive, atingido a instância máxima dentro da estrutura orgânica do Município: o chefe do executivo municipal. A ré fora intimada de todos os atos; manifestou-se naqueles que entendeu necessário; instaurou procedimentos administrativos *sponte própria*, como no pedido de revisão contratual; o processo gozou de ampla publicidade; teve acesso aos autos; enfim, todas as garantias processuais foram utilizadas, não se havendo falar em violação à ampla defesa e ao devido processo legal.

Também se verifica o preenchimento da dimensão material do contraditório. Em todas as manifestações das autoridades administrativas houve consideração expressa pelos argumentados aventados pela apelante. Basta a leitura das decisões exaradas para extrair que a autoridade administrativa julgadora considerou e ponderou os argumentos aventados. Transcrevo trechos de uma das decisões que demonstra a ponderação:

> *Em sua justificativa afirma que, não realizou as obras devidamente contratadas, pois é necessário realizar a Revisão tarifária, assim como a Revisão do PMAE, para que seja realizada uma reprogramação do Plano de Investimentos, não podendo, em razão disso, ser penalizada pela não realização das obras. O Chefe da Divisão Jurídica se manifestou dizendo*

Acesso ao Sumário

que a Concessionária não cumpriu suas obrigações contratuais e que suas alegações não possuem suporte fático, visto que, independente da realização de Revisão Tarifária e do PMAE, as obrigações contratuais estão mantidas" (fls. 431).

Como se vê, ainda que não tenha sido acolhido o fundamento da necessidade de revisão do equilíbrio contratual – o que trataremos no tópico seguinte – a autoridade municipal considerou os argumentos ventilados e os refutou, destacando que o procedimento administrativo de revisão do contrato não suspende a execução contratual.

Vê-se, portanto, que a dimensão material do contraditório também fora respeitada, uma vez que a decisão administrativa ponderou a necessidade de revisão financeira do contrato e afastou a pretensão da concessionária.

Ainda quanto à alegação, destaco que mesmo em sede judicial não é possível precisar contra o que e com qual fundamento especificamente se insurge a apelante. Alega que não fora aberta instrução, mas não indica qual prova poderia produzir para obter melhora na sua situação jurídica; alega necessidade de revisão econômico- financeira do contrato, mas não aponta a origem do desequilíbrio, andamento do procedimento ou qual o fundamento que pretende a revisão; alega demora na disponibilização do terreno necessário à implantação das obras, mas não demonstra sequer estudos ou indícios da necessidade do terreno ou do início da implantação após a autorização de uso.

As alegações aventadas pela parte apelante, portanto, salvo pontuais exceções que trataremos a seguir, são absolutamente genéricas e incapazes de alterar o entendimento expresso na sentença.

Assim, afasta-se a alegação genérica de violação ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa no processo administrativo. Veja-se jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça que caminha no sentido de privilegiar o processo administrativo regularmente instaurado e conduzido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação anulatória – Pedido de tutela provisória para suspender procedimento administrativo instaurado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo Metrô, que visava ao pagamento de indenização securitária em seu favor – Decisão interlocutória que indeferiu o pedido de tutela provisória e o pedido de concessão de gratuidade de Justiça – Irresignação da parte autora – Quanto ao pedido de Justiça Gratuita, o recurso encontra-se prejudicado, diante do recolhimento do preparo recursal pela agravante – No mais, os elementos de prova juntados aos autos, de acordo com o presente momento processual, não indicam a presença de irregularidades no processo administrativo – O suposto inadimplemento contratual pela contratada está bem fundamentado na documentação apresentada pela contratante – Dever de autotutela da Administração Pública que se expressa na Súmula nº 473 do STF – Possibilidade de rescisão unilateral contemplada no art. 77, da Lei nº 8.666/93 – Precedente desta Corte – Manutenção da de-

cisão agravada – Recurso prejudicado quanto ao pedido de gratuidade de Justiça e negado provimento quanto ao restante. (TJSP; Agravo de Instrumento 2131422-69.2020.8.26.0000; Relator: Marcos Pimentel Tamassia; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 12ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 02/02/2021; Data de Registro: 04/02/2021)

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – Ação anulatória de ato administrativo – Processo administrativo que culminou na aplicação de multa em virtude de infração contratual, consistente na não execução de obra de ampliação e reforma de dispositivo de acesso e retorno no km 242+700 da rodovia SP-300, sob concessão da autora – Processo administrativo que observou os princípios do contraditório e da ampla defesa – Decadência afastada – Descumprimento de obrigação contratual pela concessionária devidamente caracterizada – Não aplicação do princípio do *non bis in idem*, tendo em vista que as condutas praticadas pela autora desencadearam infrações distintas – Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça – Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1000355-33.2020.8.26.0053; Relator: Oscild de Lima Júnior; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 26/08/2020; Data de Registro: 26/08/2020)

APELAÇÃO – CONTRATO ADMINISTRATIVO – Demanda voltada à declaração de pretensas nulidades ocorrentes no procedimento administrativo que redundou na rescisão unilateral de contrato administrativo firmado pelo DER-SP com empresa para recapeamento de estrada e subsequente imposição de multa e penalidade de não contratação com a Administração Pública – Preliminar de cerceamento de defesa, em virtude do julgamento antecipado da lide, arredada – Ao juiz, destinatário final das provas, franqueia-se julgar antecipadamente a demanda, se e quando convencido de que o conjunto probatório coligido nos autos é suficiente para formar a sua livre (mas racional) convicção – Desnecessidade de produção de prova pericial – Mérito – Controle exclusivamente de legalidade, volvido a erradicar eventuais vícios de procedimento (ótica formal) e de julgamento (arbitrariedades, sob o ponto de vista material) perpetradas pelo Poder Público – Inexistência dos vícios increpados, a invalidarem o processo administrativo que resultou na rescisão contratual e aplicação de penalidades – Demandante que foi devidamente cientificada da instauração do procedimento administrativo, sendo-lhe assegurado o exercício dos direitos ao contraditório e à ampla defesa, constitucionalmente sediados (artigo 5º, inciso LV), por meio de diversas manifestações ao longo do arco procedimental, tanto na forma de defesa prévia, quanto na de recurso administrativo – Não há mácula formal, por pretensa ofensa ao duplo grau de jurisdição administrativa, no julgamento proferido em senda recursal pela mesma autoridade prolatora da decisão recorrida (Superintendente do DERSP), uma vez que se cuida de

Acesso ao Sumário

situação peculiar de única e última instância administrativa – Duplo grau que é princípio, e não garantia constitucional, comportando limitações [...] (TJSP; Apelação Cível 1131351-51.2015.8.26.0100; Relator: Marcos Pimentel Tamassia; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes-14ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/10/2017; Data de Registro: 25/10/2017)

APELAÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. MUNICÍPIO DE PORTO FERREIRA. CONSTRUÇÃO DE EXECUÇÃO DE OBRA DE CRECHE. Pretensão da autora, ora apelante, de exclusão de qualquer multa contratual em seu desfavor, bem como ressarcimento dos serviços já executados e não pagos. Alegações de aplicação da teoria da imprevisão, devido às chuvas atípicas e à pandemia do COVID-19, e de reconhecimento da quebra do equilíbrio econômico-financeiro, devido ao atraso nos pagamentos devidos pela municipalidade. Provas dos autos que afastam tais alegações. Atraso na execução das obras por parte da apelante comprovado antes do período de chuvas atípicas e antes do início da pandemia, pelo que se conclui que apelante deu causa ao atraso nas obras. Ademais, art. 78, XV da Lei nº 8.666/93 que prevê que somente o atraso superior a 90 dias assegura ao contratado o direito de suspender o cumprimento de suas obrigações. Alegação de desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, com inversão e supressão de fases no processo administrativo. Rejeição. Processo administrativo que não apresenta irregularidades ou ilegalidades, com intensa troca de notificações entre as partes. Aplicação do princípio da autotutela administrativa (Súmulas 346 e 473 do E. Supremo Tribunal Federal e art. 49 da Lei nº 8.666/93), com anulação de atos pela falta de análise da defesa tempestivamente interposta. Encerramento do contrato administrativo que se deu de forma regular, em seu termo, não havendo renovação por parte da municipalidade. Art. 57, § 2º da Lei nº 8.666/93 que prevê que eventual prorrogação dos contratos administrativos deve ser justificada e previamente autorizada pela autoridade competente, não sendo o caso dos autos. Pedido de perdas e danos atrelados ao reconhecimento de culpa do Município, o que foi descartado. Prejuízos, ademais, não demonstrados. Sentença mantida. Recurso desprovido. (Apelação Cível 1001630-21.2020.8.26.0472; Relatora: Heloísa Mimessi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Porto Ferreira - 1ª Vara; Data do Julgamento: 31/10/2022; Data de Registro: 31/10/2022)

Quanto à alegação de violação específica decorrente da ilegalidade pela não abertura de fase instrutória, também sem razão a apelante. A apelante afirma que, como foram reputados insuficientes os esclarecimentos pelo descumprimento do contrato pela autoridade administrativa, seria impositiva a abertura de fase instrutória para produção de provas pela concessionária.

Ocorre que não houve requerimento de prova no processo administrativo, tampouco a embargante indicou a prova que pretendia produzir ou quais os fatos

Acesso ao Sumário

que pretendia demonstrar. Nestes e naqueles autos, a concessionária limita-se a afirmar que é necessária revisão financeira do contrato em razão do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Em verdade, a concessionária naqueles autos simplesmente reputa o atraso à necessidade de revisão contratual; aqui, reforça a necessidade de revisão contratual e a necessidade de produção de provas para demonstrar o cumprimento do contrato. Contudo, a inexecução contratual sequer é ponto controvertido no processo administrativo. Conforme, fora constatado por servidores da Agência Reguladora, não há **nenhum** indício de que tenha a concessionária sequer iniciado as obras (fls. 413/416).

Assim, o que se vê é que a concessionária lança alegações de nulidades de forma infundada e pretende que, a qualquer custo, seja afastada sua responsabilidade por um fato que é patente, seja nos autos do processo administrativo, seja nos autos judiciais: não houve realização da obra objeto do contrato.

Violação ao dever de motivação

A apelante alega que foi demonstrado nos autos do processo administrativo que o descumprimento do cronograma de investimentos se deu em razão de elementos alheios às partes, elencado a pendência de procedimento de revisão ordinária do contrato. Afirmou também que, de acordo com a sua concepção e em razão do princípio da eficiência, a realização da obra se tornou desnecessária, uma vez que os investimentos se tornaram desnecessários ante o suposto cumprimento da meta de universalização de acesso ao serviço.

Alega, por fim, demora do Poder Concedente em disponibilizar as áreas necessárias à realização das obras. Aponta, ainda, ter realizado requerimento para celebração do Termo de Ajustamento de Conduta.

De fato, em todas as manifestações, tanto nos processos administrativos, como no âmbito judicial, a apelante aponta a necessidade de revisão tarifária para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Ocorre que, como bem apontado pelo Chefe da Divisão Jurídica da Autarquia (fls. 432), diante de procedimento de revisão ordinária ou extraordinária de tarifas não há previsão contratual ou legal que autorize a concessionária a suspender a execução do contrato ou, mais especificamente, as próprias obrigações. Ou seja, ainda que pendente a revisão tarifária, por óbvio subsiste as obrigações contratuais da concessionária, inclusive quanto à realização de investimentos.

Em linha de conta com tal argumento, também cai por terra a suposta a suposta desnecessidade para realização do investimento. Ora, a necessidade ou utilidade da realização de obra pública, seja ela qual for, é juízo que cabe tão somente ao Poder Executivo realizar. Se efetuada a contratação para realização da obra, cumpre à contratada cumprir o contrato, e não, ao sabor de seu juízo, afastar a obrigação contratual por desnecessidade de cumprimento.

Aliás, há instrumentos adequados a tal diálogo – especialmente diante

Acesso ao Sumário

da ideia de administração pública dialógica. Contudo, inexiste previsão legal – sequer existe sentido lógico – que a contratada ou a concessionária possa, de forma unilateral, descumprir o contrato em razão do próprio juízo de desnecessidade.

Assim, inexiste previsão legal ou contratual que dê substrato às alegações da embargante.

Prossigo examinando a alegação de descumprimento em razão da demora, por parte do Poder Concedente, na disponibilização dos terrenos necessários à obra.

De início, destaco que não há nos autos prova da alegada demora. A embargante, sem qualquer fonte documental juntada aos autos, afirma que a primeira solicitação da área foi realizada no ano de 2015 e a permissão de uso da área pública se deu apenas em 10 de fevereiro de 2020 (fls. 437). A prova da demora cumpria à embargante e deste ônus não se desincumbiu.

Contudo, ainda que assim não fosse e houvesse prova nos autos da demora na autorização de uso por parte do Poder Concedente, ainda assim haveria razões para acolher a alegação.

Em primeiro lugar porque não restou demonstrado o juízo de prejudicialidade entre o uso do imóvel e a instalação a ser realizada. Em segundo, como a própria embargante afirma, a autorização de uso se deu em 10 de fevereiro de 2020 e a lavratura do AIIM nº 02/2022 em março de 2022. Passaram-se dois anos entre a permissão de uso do imóvel e a lavratura do auto de infração sem que sequer haja indícios de início das obras.

Não é possível, portanto, ante os documentos juntados afastar a responsabilidade da embargante pelo atraso na entrega da instalação.

Por fim, destaco que o Termo de Ajustamento de Conduta não é um direito subjetivo da parte, mas sim um acordo de vontades. Se a Agência Reguladora ou o Poder Concedente não tem interesse na formalização do negócio jurídico, não há como compeli-los a realizar.

Ausência de motivação, vício de competência na dosimetria da pena e desproporcionalidade da sanção

Alega a embargante que não foram explicitadas as razões de fato e de direito que motivaram a classificação como grave e a fixação da multa. Afirma também que a autoridade que classificou a infração é incompetente.

As razões de fato e de direito foram expressas no ato administrativo. Transcrevo trecho da decisão administrativa que explicita, vejamos:

> Por se tratar de evolução do percentual de tratamento de esgoto, a inexecução das Obras de implantação da EEE-04 Cristo e da linha recalque LR-04, previstas no plano Municipal de Água e Esgoto (PMAE), representam prejuízos à prestação dos serviços de saneamento, danos ao meio ambiente e risco a saúde públicas, pois o esgoto coletado na região é lançado in natura, no corpo hídrico, por prazo muito além do previsto.

Acesso ao Sumário

> Diante do exposto e considerando a cláusula 14.3, do Contrato de Concessão 055/2011 e os artigos 10 e 11 da Instrução Normativa 06/2019, classificamos a inexecução da EE-04 e da Linha de Recalque LR-04 como GRAVE, sendo o percentual de 0,3% do valor total líquido recebido dos últimos 12 meses anteriores à notificação pelo Poder Concedente.

Em consulta à Instrução Normativa 06/2019, a infração de natureza grave, prevista no art. 13, de fato, ocorre quando há prejuízo à prestação do serviço, ao meio ambiente ou à saúde pública, estando, portanto, o fato subsumido à norma. Vejamos:

> Art. 13 É infração do Grupo III, de natureza grave, sujeita à penalidade de advertência ou multa, aquelas que representam prejuízos à prestação do SERVIÇO DE SANEAMENTO, danos ao meio ambiente ou riscos à saúde pública, e terão seu valor estabelecido em até 0,3% (três décimos por cento) do valor total líquido recebido dos últimos 12 (doze) meses, anteriores à notificação pelo PODER CONCEDENTE.

Quanto ao suposto vício de competência, também sem razão a embargante. Embora a embargante afirme incompetente a autoridade que classificou a infração administrativa, não aponta suposta norma de competência violada. Prevalece, portanto, a legitimidade do ato administrativo.

Por fim, não se vislumbra abusividade no montante da infração. Como visto ao longo deste v. Acórdão, a infração é dotada de gravidade em seus mais diversos níveis, desde o não cumprimento contratual até violação de normas de direito ambiental e colocação em risco da saúde pública, com despejo irregular de esgoto no corpo hídrico. Revela-se razoável o montante previsto na referida instrução normativa, não se vislumbrando abusividade.

Vale destacar, por fim, que a quantificação da multa está inserida no âmbito do juízo de mérito, ou seja, do poder discricionário da autoridade, não cabendo ao Poder Judiciário imiscuir-se no tema. Vejamos a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

> APELAÇÃO CÍVEL – REEXAME NECESSÁRIO – AUTO DE INFRAÇÃO – ARTESP – Ação declaratória de nulidade de ato administrativo – Multas administrativas impostas pela ARTESP – Procedimento administrativo que respeitou os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa – Ausência de mácula formal – Poder Judiciário que não pode invadir o mérito da decisão administrativa discricionária – Análise da ilegalidade, que não ocorreu – Autora que descumpriu o contrato ao não executar os serviços de poda manual ou mecanizada de gramados, constituindo 179 infrações, de acordo com o contratado – Ausência de notificação prévia antes da instauração do processo administrativo por inadimplemento contratual que se mostra desnecessária – Multa que se mostra adequada – Sentença reformada – Recurso provido e reexame necessário acolhido. (Remessa Necessária Cível 1019774-34.2023.8.26.0053; Relator: José Luiz Gavião de Almeida; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 11ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 18/06/2024;

Acesso ao Sumário

Data de Registro: 21/06/2024)

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso**, majorando-se os honorários arbitrados em primeira instância para 11% do valor atualizado da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1123456-92.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ENEL DISTRIBUIÇÃO SÃO PAULO S/A, é apelado FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou a Dra. Isabella Rocha Barrionuevo Christol, OAB: 411659/SP", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.671)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA e MARREY UINT.

São Paulo, 13 de agosto de 2024.

KLEBER LEYSER DE AQUINO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA – MULTA – ATENDIMENTO PRIORITÁRIO VIOLAÇÃO AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – Pretensão de anulação de multa lavrada pelo apelado por infração à legislação consumerista – Sentença de improcedência – Pleito de reforma da sentença – Não cabimento – PRELIMINAR – Preliminar da apelante de ausência de enfrentamento pelo juízo "a quo" de argumentos delineados na inicial – Decisão suficientemente fundamentada, conforme preconiza o art. 93, IX, da CF – Ausência de violação às disposições do art. 489, §1º, IV, do CPC – Concisão não se confunde com omissão ou ausência de fundamentação, estando ausente qualquer nulidade – MÉRITO – Penalidade pecuniária aplicada com fulcro no Código de Defesa do Consumidor – Competência do apelado para fiscalizar e aplicar penalidades em defesa do consumidor – O apelado e a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) possuem atuações independentes e objetos distintos – Respeito ao exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa no bojo do processo administrativo – Inexistência de nulidade –

Acesso ao Sumário

Ausência de comprovação dos fatos constitutivos do direito da apelante – Presunção de legitimidade do ato administrativo não elidida – Valor da multa adequado, em observância à legislação e aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – Ausência de apresentação de documentos no âmbito administrativo a fim de comprovar a condição econômica do autuado – Sentença mantida – APELAÇÃO não provida – Majoração dos honorários advocatícios em 1%, além dos 8% já fixados na r. sentença recorrida, incidentes sobre o valor da causa (valor da causa: R$ 1.490.548,40), nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A (Enel Distribuição São Paulo)** contra a r. sentença (fls. 355/358), proferida nos autos da **AÇÃO ANULATÓRIA**, ajuizada pela apelante em face de **Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo - PROCON/SP**, que **julgou improcedente a demanda**, que objetivava a anulação da multa aplicada. Em razão da sucumbência, a apelante foi **condenada** ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, os quais foram fixados no percentual mínimo, sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, parágrafo 3º, inciso II, do Código de Processo Civil.

Alega a apelante no respectivo recurso (fls. 367/396), em síntese, e em preliminar, que a r. sentença não enfrentou de forma satisfatória nenhum dos pontos suscitados pela apelante na inicial, sendo nula em razão das omissões. No mérito, aduz que os órgãos de defesa do consumidor não podem invadir a competência da ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) para fiscalizar e penalizar seus delegados por supostas falhas no exercício das atividades contratualmente assumidas perante a União, de tal forma que o apelado é incompetente para analisar questões atinentes a eventuais infrações por parte da concessionária de energia elétrica. Sustenta que houve omissão pelo apelado com relação a quantidade de pessoas que estavam na fila no dia da fiscalização e que não foi observado que a apelante seguia todas as regras de vigilância sanitária da pandemia da Covid-19 previstas em legislação, as quais limitavam a quantidade de pessoas dentro do estabelecimento. Destaca que havia guichês de atendimento preferencial em pleno funcionamento, mantendo o distanciamento social. Aponta que a multa aplicada pelo apelado tem por base uma única fiscalização, que foi realizada em um momento que o mundo todo vivenciava um cenário caótico e anormal, sendo completamente inconceptível que tal fato não seja sopesado para avaliar o atendimento da loja de Osasco da apelante à época dos fatos. Salienta que não foi informado o parâmetro utilizado para fixação da multa em valor exorbitante, tampouco houve observação dos requisitos previstos em legislação para aplicação da multa. Aduz que a conduta em tese praticada pela apelante seria de natureza leve, uma vez que não houve qualquer

Acesso ao Sumário

lesão à vida ou à saúde dos consumidores. Subsidiariamente, caso não seja esse o entendimento, pleiteia a redução do valor da muta imposta. Pede a reforma da r. sentença.

Em contrarrazões (fls.456/479), alega o apelado, em síntese, que compete a este, sancionar os transgressores em caso de descumprimento das normas de defesa do consumidor, por expressa previsão em lei, o que não afasta e tampouco se sobrepõe às atribuições das agências reguladoras. Afirma que, inobstante às restrições sanitárias da Covid-19, deveria a apelante cumprir integralmente a legislação que disciplina acerca do atendimento prioritário. Discorre que não restou comprovado que houve atendimento em guichê exclusivo para atendimento prioritário. Aduz que o Auto de Infração, por se tratar de ato administrativo, goza de presunção de legitimidade e veracidade, salvo prova em contrário. No que concerne aos parâmetros adotados na aplicação da multa, argumenta que seguiu os critérios instituídos pela Portaria Normativa do Procon/SP nº 57, de 11/12/2.019 e pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo aplicada no âmbito da competência discricionária atribuída ao ora apelado. Sustenta que a apelante não apresentou os documentos que comprovariam o seu faturamento real no momento oportuno, operando-se a preclusão na indicação do faturamento real, razão pela qual deve prevalecer a estimativa realizada pelo apelado. Assevera que foi observada a atenuante de primariedade do autuado e a agravante por ter sido praticada a infração em detrimento de pessoa maior de sessenta anos, pessoas com necessidades especiais, lactante e pessoas acompanhadas por crianças de colo, em estrita observância à Portaria Normativa do Procon/SP nº 57, de 11/12/2.019, compensando-as, não havendo alteração do valor inicialmente calculado. Salienta que a apelante não indicou qualquer baliza ou parâmetro para justificar que o valor da multa é desproporcional e que o valor aplicado levou em conta o porte econômico da apelante, a gravidade da infração, as circunstâncias atenuante e agravante sopesadas. Afirma que o valor da multa corresponde a 1,5 % (um centésimo e meio) do faturamento bruto estimado e não impugnado, fato este que comprova a plena condição da apelante de arcar com a penalidade imposta. Pede a manutenção da r. sentença.

Recurso tempestivo e recebido, nesta ocasião, em ambos os efeitos, nos termos do artigo 1.012, "caput", do Código de Processo Civil.

Relatado de forma sintética, passo a fundamentar e decidir.

De início, analiso a preliminar de **nulidade da r. sentença** pela **ausência de enfrentamento pelo juízo "a quo" de argumentos delineados na inicial**, suscitada pela apelante.

A r. sentença ora impugnada contém os requisitos essenciais e a devida motivação, tendo o julgador pontuado os argumentos apresentados, não havendo, pois, que se falar em nulidade da decisão.

Importa consignar que a decisão foi suficientemente fundamentada, conforme preconiza o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal[1]. Outrossim, não

Acesso ao Sumário

1 Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
(...)
IX. todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões,

viola as disposições do artigo 489, parágrafo 1º, inciso IV, do Código de Processo Civil[2]. Ademais, não se olvide que concisão não se confunde com omissão ou ausência de fundamentação, estando ausente qualquer nulidade.

Desse modo, **afasto** a preliminar arguida pela apelante.

Superada a preliminar, **passo ao mérito.**

Trata-se de ação anulatória ajuizada pela apelante em face do apelado, por meio da qual alega a nulidade das multas aplicadas em virtude processo administrativo.

Aduz a apelante que, no dia 11/01/2.021, foi realizada fiscalização pelo Procon/SP, ora apelado, em seu estabelecimento comercial, situação na qual foi constatada suposta ausência de atendimento prioritário, por meio de serviços individualizados e com tratamento diferenciado às pessoas com deficiência, idosos, gestantes, lactantes e pessoas acompanhadas por criança de colo, violando, pois, os artigos 1º e 2º, parágrafo único, da Lei Federal nº 10.048, de 08/11/2.000[3], e artigo 20, parágrafo 2º, da Lei Federal n° 8.078, de 11/09/1.990[4] (Código de Defesa do Consumidor), razão pela qual, após procedimento administrativo, foi-lhe aplicada multa no valor de R$1.490.548,40 (um milhão e quatrocentos e noventa mil e quinhentos e quarenta e oito reais e quarenta centavos).

Destaca que, quando da fiscalização, havia severas restrições sanitárias devido à pandemia de Covid-19, conforme legislação vigente, da qual impunha a diminuição da capacidade de atendimento e limitação do número de clientes no interior das lojas, o que não foi observado pelo apelado ao constatar a situação no dia dos fatos. Além disso, entende que o apelado não detém legitimidade para fiscalizar e aplicar penalidades à apelante, tendo em vista que é da competência da ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica).

---

sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

2 Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...)

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

3 Art. 1º As pessoas com deficiência, os idosos com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, as gestantes, as lactantes, as pessoas com crianças de colo e os obesos terão atendimento prioritário, nos termos desta Lei.

Art. 2º As repartições públicas e empresas concessionárias de serviços públicos estão obrigadas a dispensar atendimento prioritário, por meio de serviços individualizados que assegurem tratamento diferenciado e atendimento imediato às pessoas a que se refere o art. 1º.

Parágrafo único. É assegurada, em todas as instituições financeiras, a prioridade de atendimento às pessoas mencionadas no art. 1º.

4 Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

(...)

§ 2° São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

Salienta que recorreu da decisão administrativa que lhe aplicou a penalidade, no entanto, foi indeferido.

Sustenta que as decisões administrativas não foram fundamentadas adequadamente, uma vez que não houve observância à legislação vigente acerca do enfrentamento da pandemia de Covid-19, além de ausência de informação acerca dos parâmetros adotados para fixação do valor da multa aplicada.

Diante dessa situação, ajuizou a presente ação pretendendo que seja anulada a multa imposta em seu desfavor, ou que seja reduzido o valor da multa.

Pois bem, no que se refere à alegação da apelante referente à **incompetência do apelado para fiscalizar e penalizar as concessionárias de serviço público de transmissão de energia elétrica**, por entender ser essa competência exclusiva da União, por meio de suas agências reguladoras, no caso, a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), ela não merece acolhimento.

Isso porque, a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), agência reguladora do setor de energia elétrica, e o apelado, órgão de proteção ao consumidor, possuem atuações distintas, que não se anulam e nem se confundem.

Consoante disposição do artigo 4º, inciso III, do Decreto Federal nº 2.181, de 20/03/1.997[5], caberá ao órgão de proteção e defesa do consumidor exercer a fiscalização das relações de consumo.

Ainda, constitui atribuição do apelado a aplicação de sanção administrativa em decorrência de infrações às normas de defesa do consumidor, a teor do artigo 56, inciso I e parágrafo único, c.c. artigo 105, ambos do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078, de 11/09/1.990), e dos artigos 4º, inciso I; 5º; e, 18, todos do Decreto Federal nº 2.181, de 20/03/1.997, "in verbis":

> **Lei Federal nº 8.078 de 11/09/1.990**:
> Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:
> I - multa;
> (...)
> Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.
> (...)
> Art. 105. Integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor.
> **Decreto Federal nº 2.181 de 20/03/1.997:**
> Art. 4º No âmbito de sua jurisdição e competência, caberá ao órgão estadual, do Distrito Federal e municipal de proteção e defesa do consumi-

Acesso ao Sumário

5 Art. 4º No âmbito de sua jurisdição e competência, caberá ao órgão estadual, do Distrito Federal e municipal de proteção e defesa do consumidor, criado, na forma da lei, especificamente para este fim, exercitar as atividades contidas nos incisos II a XII do art. 3º deste Decreto e, ainda:
III - fiscalizar as relações de consumo;

dor, criado, na forma da lei, especificamente para este fim, exercitar as atividades contidas nos incisos II a XII do art. 3º deste Decreto e, ainda:
I - planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política estadual, do Distrito Federal e municipal de proteção e defesa do consumidor, nas suas respectivas áreas de atuação;
(...)
Art. 5º Qualquer entidade ou órgão da Administração Pública, federal, estadual e municipal, destinado à defesa dos interesses e direitos do consumidor, tem, no âmbito de suas respectivas competências, atribuição para apurar e punir infrações a este Decreto e à legislação das relações de consumo.
(...)
Art. 18. A inobservância das normas contidas na Lei nº 8.078, de 1990, e das demais normas de defesa do consumidor constituirá prática infrativa e sujeitará o fornecedor às seguintes penalidades, que poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, inclusive de forma cautelar, antecedente ou incidente no processo administrativo, sem prejuízo das de natureza cível, penal e das definidas em normas específicas:
I - multa;

Portanto, pode-se afirmar que os órgãos de defesa do consumidor, como o apelado, têm competência para proteger os interesses dos consumidores, de tal forma que, ocorrendo violação a qualquer legislação de proteção ao consumidor, poderá fiscalizar e aplicar sansões administrativas correspondentes.

Já em relação à atuação da ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), esta limita-se à regulação do setor elétrico brasileiro, tendo por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, conforme dispõe o artigo 2º da Lei Federal nº 9.427, de 26/12/1.996[6].

Logo, são atuações e fiscalizações autônomas, independentes e com objetos distintos, razão pela qual a atuação do apelado, no caso em testilha, é legítima.

Nesse sentido já decidiu esse C. Tribunal de Justiça:

AÇÃO ANULATÓRIA – MULTA APLICADA PELO PROCON – PRETENSÃO DE ANULAR O PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 1402/20 E O AUTO DE INFRAÇÃO 48518-D8 QUE IMPÔS À AUTORA MULTA, POR ALEGADO DESCUMPRIMENTO DE NORMAS DA ABNT QUANDO DA INSTALAÇÃO DE CABOS SUBTERRÂNEOS DE COMUNICAÇÃO (ART. 39, VIII, DO CDC) – **Competência da ANATEL e da ANEEL para fiscalizar normas técnicas de redes instituídas por resolução conjunta da ANEEL e da ANATEL que não exclui a legitimidade do PROCON-SP para proteção de consumidor e relações de consumo** – ENEL que deve zelar para que o compartilhamento de postes, para fixação de cabos de telecomunicações, se mantenha regular às normas técnicas e regulamentares aplicáveis – Ausência de vício capaz de ensejar a nulidade pretendida – Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido. **(Apelação Cível 1004939-75.2022.8.26.0053; Rel. Des.**

6 Art. 2º A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

Acesso ao Sumário

Oscild de Lima Júnior; Órgão Julg.: 11ª Câm. de Dir. Púb.; Data do Julg.: 10/10/2.023; Data de Reg.: 23/10/2.023) (negritei)

Entendimento esse igualmente explanado na r. sentença (fl. 356):

No caso, a despeito da fiscalização, sob análise técnica de cumprimento das diretrizes normativas do setor ser realizada pela agência específica, isso não afasta a atribuição do Procon de fiscalização do cumprimento das diretrizes do Código de Defesa do Consumidor. Não restam dúvidas, pois, que a atividade exercida pela requerente, pois, é, sim, regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, e, nesse aspecto, sujeita à atuação do PROCON.

Assentadas tais questões, passo a análise da alegação de **nulidade no processo administrativo.**

Compulsando os autos, entendo que a decisão administrativa não está eivada de nulidades, eis que houve o regular procedimento administrativo, no qual foi oportunizado o contraditório e ampla defesa, estando a decisão amparada por motivação idônea e detalhada e proferida por agente competente, sendo aplicada sansão legalmente prevista.

Consoante o auto de infração nº 11.002-D9, lavrado pelo agente fiscal do Procon/SP (fl. 58), a apelante foi autuada por infração ao artigo 20, parágrafo 2º, da Lei Federal n° 8.078, de 11/09/1.990 (Código de Defesa do Consumidor) e artigos 1º e 2º, parágrafo único, da Lei Federal nº 10.048, de 08/11/2.000, por ter praticado infração correspondente a não realização de atendimento prioritário por meio de serviços individualizados, com vistas a assegurar o tratamento diferenciado às pessoas com deficiência, idosos, gestantes, lactantes e pessoas acompanhadas por crianças de colo, mantendo todas as pessoas em filas e em pé, na parte interna e externa da empresa.

Quanto às razões de decidir, entendo que não há qualquer ilegalidade que justifique a pretendida anulação do procedimento ou da sanção administrativa aplicada.

Quanto ao ponto, vale consignar, inicialmente, que os atos administrativos são dotados de presunção de legitimidade e veracidade, salvo prova em contrário.

Sobre o tema, disciplina o doutrinador Hely Lopes Meirelles[7]: "consequência da presunção de legitimidade dos atos administrativos é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem invoca".

No mesmo contexto, manifesta José dos Santos Carvalho Filho[8]: "efeito é o da inversão do ônus da prova, cabendo a quem alegar não ser o ato legítimo a comprovação da ilegalidade".

Nesse sentido, a decisão administrativa proveniente de um processo administrativo, goza de presunção de legitimidade e veracidade, dando origem a

Acesso ao Sumário

7 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 26ª edição. 2.001. p. 150.

8 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 19ª edição. 2.008. p. 112.

documento que é dotado de fé-púbica, de modo que compete a quem os impugna demonstrar a inobservância dos preceitos legais.

No entanto, entendo que a apelante não se desincumbiu de seu ônus processual, previsto no artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil[9], a fim de comprovar qualquer ilegalidade na decisão administrativa ora questionada. Com efeito, o que se pode verificar é a estrita observância dos ditames legais pelo apelado.

Senão, vejamos:

O Auto de Infração (fl. 58) foi precedido de regular fiscalização realizada por agente fiscal do apelado na unidade de atuação da apelante, concessionária de energia elétrica, da qual se apurou a violação aos regramentos do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078, de 11/09/1.990) e da Lei Federal nº 10.048, de 08/11/2.000.

Ao contrário do alegado pela apelante, as medidas de prevenção e contaminação à Covid-19, como o distanciamento social, não inviabilizam o cumprimento da legislação consumerista no que diz respeito à disponibilização de atendimento prioritário, conforme bem fundamentado nos autos do Processo Administrativo nº 5.587-0/2.021 (fls. 194/294).

Dessa forma, inobstante a real classificação de risco da pandemia de Covid-19, se verde, amarela ou vermelha no dia dos fatos, a adoção das medidas sanitárias não torna inviável a observância, por parte do fornecedor de serviços, acerca da disponibilização de atendimento prioritário.

Outrossim, o fato de haver guichês de atendimento prioritário não refuta a inobservância do devido atendimento por meio de serviços individualizados, ainda mais considerando que foi apurado pelo agente fiscal e comprovado por meio de fotos que havia apenas uma funcionária realizando todos os atendimentos - fato este que não foi elidido pela apelante por meio de comprovação.

Destarte, uma vez constatada, por meio de fiscalização, a inobservância da preferência de atendimentos prioritários, em afronta ao que dispõe o artigo 20, parágrafo 2º, da Lei Federal n° 8.078, de 11/09/1.990 (Código de Defesa do Consumidor) e artigos 1º e 2º, parágrafo único, da Lei Federal nº 10.048, de 08/11/2.000, tornando o serviço impróprio, é devida a imposição de multa prevista no artigo 56, inciso I, da Lei Federal nº 8.078, de 11/09/1.990 (Código de Defesa do Consumidor)[10].

Em relação aos **parâmetros adotados para a fixação da multa**, dispõe o artigo 57 da Lei Federal nº 8.078, de 11/09/1.990 (Código de Defesa do Consumidor):

9 Art. 373. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

10 Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:
I - multa;

> Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a **gravidade da infração**, a **vantagem auferida** e a **condição econômica do fornecedor**, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos. (g.n.)
> Parágrafo único. A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo.

Tem-se, portanto, três requisitos a serem observados quando da fixação do valor da multa, sendo eles: **I)** Gravidade da infração, **II)** Vantagem auferida e **III)** Condição econômica do fornecedor.

A decisão administrativa (fls. 231/240) demonstrou ponto a ponto acerca da aplicação de cada requisito previsto no artigo acima citado, além de colacionar planilha de cálculo com aplicação da equação financeira prevista no artigo 34, parágrafos 1º, 2º, 3º, alínea "c", e 4º, da Portaria Normativa do Procon/SP nº 57 de 11/12/2.019[11].

Quanto à **gravidade da infração**, foi observado o disposto no Anexo I, item "c", tópico 5, da Portaria Normativa do Procon/SP nº 57 de 11/12/2.019[12], segundo o qual a violação à regra fixada no artigo 20, parágrafo 2º, da Lei Federal 8.078 de 11/09/1.990 é classificada no grupo III de infrações, que vai de I a IV. Em relação à **condição econômica**, foi considerada a partir da estimativa da receita média mensal, no valor de R$ 99.322.941,70 (noventa e nove milhões e trezentos e vinte e dois mil e novecentos e quarenta e um reais e setenta centavos), de acordo com o artigo 33 da Portaria Normativa Procon/SP nº 57 de 11/12/2.019[13], tendo em vista que não foi trazido no bojo do processo ad-

11 Art. 34. A dosimetria da penalidade-base da multa será definida através da fórmula prevista no §1º.
§1º Fórmula: (REC) x (NAT) + (VA) = PENALIDADE-BASE
§2º No elemento denominado "REC", será utilizada a receita bruta mensal do fornecedor, a ser estimada pelo Procon.
§3º No elemento denominado "NAT", serão utilizados os seguintes fatores, de acordo com a natureza e grupo da infração (Anexo I), assim especificado:
(...)
c) Natureza 3: 0,0112782 Grupo III
(...)
§4º No elemento denominado "VA", será considerado o valor da vantagem auferida, de acordo com o ganho obtido com a infração administrativa, podendo ser considerado o valor estimado, desde que devidamente fundamentado; quando não for possível determinar ou estimar o valor, ou mesmo inexistir vantagem auferida, será utilizado o fator 0 (zero).

12 Anexo I
Classificação das Infrações ao Código de Defesa do Consumidor
c) Infrações enquadradas no grupo III:
5. Colocar no mercado de consumo produtos ou serviços inadequados ao fim a que se destinam ou que lhe diminuam o valor (arts. 18, § 6º, III, e 20);

13 Art. 33. A condição econômica do autuado será estimada pelo Procon-SP pela sua receita bruta mensal e poderá ser impugnada, no prazo de defesa, sob pena de preclusão, mediante apresentação de uma das seguintes hipóteses:
I – Guia de Informação e Apuração de ICMS GIA, com certificação da Receita Estadual e Declaração de arrecadação de ISS, comprovado o recolhimento, ambos dos 03 (três) meses anteriores à data da lavratura do

Acesso ao Sumário

ministrativo, tempestivamente, documentos hábeis à comprovação enumerados nos incisos do referido artigo. No que concerne à **vantagem econômica**, considerou-se como não apurada, porquanto não foi possível aferir a ocorrência de eventuais ganhos por parte do autuado com a prática.

Ainda, no tocante à circunstância **atenuante**, devido à primariedade do autuado, e à **agravante**, por ter sido praticada a infração em detrimento de pessoa maior de sessenta anos, pessoas com necessidades especiais, lactantes e pessoas acompanhadas por crianças de colo, estas foram devidamente observadas quando da fixação do valor da multa, sendo compensadas, em estrita observância ao artigo 35, inciso I, alínea "a", inciso II, alínea "d", da Portaria Normativa nº 57 de 11/12/2.019 do Procon/SP[14].

À vista disso, diferentemente do alegado, o valor total da multa, de R$1.490.548,40 (um milhão e quatrocentos e noventa mil e quinhentos e quarenta e oito reais e quarenta centavos), não ofende os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que levou em consideração a gravidade da infração e a condição econômica da apelante, em consonância ao que determina o artigo 57 da Lei Federal nº 8.078, de 11/09/1.990 (Código de Defesa do Consumidor).

Frisa-se, por fim, que a apelante sequer juntou aos autos planilha de cálculo com os parâmetros que entende ser devido.

Dessa forma, verifica-se que a decisão se encontra devidamente motivada, inexistindo qualquer ilegalidade. Por consequência, não é possível a pretendida declaração de nulidade da decisão administrativa que determinou a aplicação da sanção administrativa.

Desta maneira, deve ser **mantida a r. sentença**.

Em razão da sucumbência também em segunda instância, majoro a verba honorária em 1% (um por cento), além dos 8% (oito por cento) já fixados em

---

auto de infração, considerando a soma das receitas. (alterado pela Portaria 29/2021)
II – Demonstrativo de Resultado do Exercício DRE, publicado, do último calendário fiscal. (alterado pela Portaria 29/2021)
III – Declaração de Imposto de Renda com certificação da Receita Federal, do último calendário fiscal (alterado pela Portaria 29/2021)
IV – DAS Documento de Arrecadação do Simples Nacional Declaratório e Recibo de Entrega da Apuração PGDAS-D (Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional Declaratório), referente aos períodos de apuração dos últimos 03 (três) meses anteriores à data da lavratura do auto de infração. (alterado pela Portaria 29/2021)
V – DASN-SIMEI Declaração Anual Simplificada para o Microempreendedor Individual, com respectivo Recibo de Entrega para a Receita Federal, do último calendário fiscal. (alterado pela Portaria 29/2021).

14 Art. 35. A pena poderá ser atenuada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) ou agravada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) se verificado no processo a existência de circunstância abaixo relacionada:
I – Considera-se circunstância atenuante:
a) Ser o infrator primário;
(...)
II – Considera-se circunstância agravante:
(...)
d) ter a prática infrativa ocorrido em detrimento de menor de 18 (dezoito) anos, maior de 60 (sessenta) anos, gestante, pessoa com deficiência ou ocorrido em detrimento de consumidor por sua condição cultural, social e econômica;

sentença sobre o sobre o valor atualizado da causa (R$ 1.490.548,40), em desfavor da apelante, nos termos do artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil[15].

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à presente **apelação**, para **manter** a r. **sentença** questionada, por seus próprios fundamentos, acrescidos dos aqui expostos. Majoro os honorários advocatícios, conforme consta acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1043753-47.2019.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, é apelada MARISA DE FÁTIMA INOMOTO.

ACORDAM, em 10ª 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 2.133)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO GALIZIA (Presidente sem voto), TORRES DE CARVALHO e TERESA RAMOS MARQUES.

São Paulo, 5 de agosto de 2024.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: Reparação de dano moral e estético. São José do Rio Preto. Alegação de erro médico durante exame de colonoscopia. Perfuração e perda de parte do intestino da paciente, cuja cirurgia reparatória deixou cicatriz de grandes proporções e diversas sequelas. Sentença de procedência mantida, em aplicação do art. 252 do RITJSP. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTOS.

Contra sentença que julgou procedente ação de indenização para condená-lo a pagar à autora a quantia de R$40.000,00 (quarenta mil reais) a título de reparação do dano moral e R$30.000,00 (trinta mil reais) para o dano estético,

15 Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
(...)
§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

com acréscimo de juros moratórios a partir do evento danoso até 08.12.2021, a partir de quando incidirá unicamente a SELIC para os juros e a correção monetária – EC 113/21 (p. 490/495) apelou o Município de São José do Rio Preto repetindo literalmente as alegações da contestação, quais sejam: preliminar de "*alteração da verdade dos fatos – art. 80, II, do CPC*"; em relação ao mérito, disse que o hospital é apto e seguro ao atendimento prestado à apelada, uma vez que possui todos os requisitos para a realização da cirurgia, de forma imediata e com eficiência, o que afasta a alegada omissão e negligência, considerando terem sido observados todos os protocolos clínicos recomendados para o caso; que não há nexo de causalidade entre a conduta dos agentes do Município e o dano que acometeu a apelada, sendo certo que as crises de falta de ar têm origem na Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica e no vício de tabagismo, assim como que as dificuldades para se abaixar e o inchaço abdominal decorrem do quadro de obesidade da paciente; disse ausente o dano estético, pois as cicatrizes são inerentes à própria cirurgia, e que as condições clínicas da autora (obesidade, enfisema pulmonar e tabagismo) contribuíram para a evolução da hérnia incisional e agravaram a cicatrização das feridas operatórias; insurgiu-se, por fim, contra o montante indenizatório fixado, cuja redução é necessária caso seja mantida a sentença (p. 500/520). Foram apresentadas contrarrazões defendendo a sentença (p. 524/529). Livre distribuição (p. 531). O acórdão de p. 536/542 não conheceu do recurso interposto, contra o quê foi interposto recurso especial, ao qual foi dado provimento pelo C. STJ (p. 639/651).

É o relatório.

Conforme se registrou no julgamento anterior, verifica-se que a peça recursal é autêntica cópia, reprise literal da contestação (p. 162/183), exceto pelas ínfimas linhas reproduzidas do laudo pericial (p. 515). Sequer se notou adaptação da terminologia técnica anteriormente empregada. No entanto, com a ressalva do entendimento desta Turma Julgadora, passa-se à apreciação do recurso interposto, por força da decisão proferida nos autos do AREsp n. 202303338911 (p. 645/646), para negar-lhe provimento.

Com efeito, a preliminar de inépcia da inicial deduzida em contestação foi apreciada e rejeitada em decisão saneadora (p. 356), que fica mantida.

Os documentos médicos autuados com a inicial, fls. 20 e seguintes, não deixam dúvida que o atendimento à paciente foi prestado pelo Sistema Único de Saúde - SUS, tornando-se inaplicáveis à espécie as regras do Código de Defesa do Consumidor. Isto porque a responsabilidade civil da administração pública – é dizer, do Estado – em face do cidadão possui sistema legal próprio.

Pretendeu a apelada indenização por danos morais e estéticos, alegando falha nos serviços prestados no Hospital Municipal DIA, que a levou a suportar dores intensas, estado grave de saúde com internação em UTI, o surgimento de outros sintomas e sequelas irreversíveis, tudo em razão de perfuração intestinal

Acesso ao Sumário

durante a realização de exame de colonoscopia e demora na prestação do socorro, a denotar negligência e omissão da casa de saúde.

A responsabilidade civil do ente público requerido, na condição de pessoa jurídica prestadora de serviço público de saúde, é objetiva, nos termos do artigo 37, §6º, da CF, de modo que ele responde independente de culpa pelos danos que seus agentes causarem aos usuários, destinatários dos seus serviços.

No caso dos profissionais de saúde, pela própria natureza da atividade, a responsabilidade pessoal é subjetiva, na forma do art. 951 do Código Civil, fazendo-se necessária a prova do dolo ou da culpa em uma de suas modalidades – negligência, imprudência ou imperícia – para se configurar o dever de indenizar.

Por tal motivo, a r. decisão saneadora de fl. 356 determinou a realização de perícia médica, a fim de elucidar a existência ou não de imperícia ou negligência no atendimento dispensado à autora.

Restou suficientemente comprovado que durante a realização do exame de colonoscopia, a apelada sofreu perfuração intestinal a caracterizar a ocorrência de erro médico, decorrente da conduta imperita adotada pelo profissional médico na realização do exame, no Hospital Municipal de São José do Rio Preto Hospital DIA (fl. 19).

Neste eito, o laudo médico produzido pelo Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo IMESC, concluiu que "...foi possível estabelecer nexo de causalidade entre o acidente reportado na inicial (perfuração intestinal em procedimento de colonoscopia em 18/12/2018) e as sequelas evidenciadas." (fl. 435)

Embora a perícia judicial tenha assentado que a perfuração intestinal é intercorrência possível durante a realização de exame de colonoscopia, era ônus do réu demonstrar a regularidade e a adoção de técnicas adequadas para que as complicações suportadas pela autora fossem classificadas como intercorrências previstas pela literatura médica, o que certamente não fez.

Cediço que o relatório de fls. 184/193 apresentado com a contestação, não serve como meio de prova, posto que produzido de forma unilateral e subscrito pelo Diretor Técnico do Centro de Diagnóstico/Hospital DIA de São José do Rio Preto, local onde se deram os fatos, a revelar que a perfuração intestinal durante o exame de colonoscopia decorreu de falha procedimental, fato que, aliás, o trabalho pericial não afastou.

Portanto, ainda que pelo teor das conclusões periciais, seja incontroverso que a perfuração do intestino constitua complicação previsível no exame de colonoscopia, à míngua de esclarecimentos mínimos acerca das circunstâncias que ensejaram a perfuração intestinal em análise, forçoso reconhecer a prestação defeituosa do procedimento médico, resultando em graves sequelas à saúde da autora.

Acesso ao Sumário

Anote-se que o documento apresentado com a contestação, fl. 189, ressalta o risco de perfuração intestinal no caso da autora, a exigir cuidado redobrado do profissional médico na realização do exame, o que não foi observado.

Assim, configurado o nexo de causalidade entre os danos decorrentes da perfuração intestinal sofrida pela autora e a conduta do profissional médico contratado pelo nosocômio requerido, este, responsável, objetivamente, pela falha cometida por seu médico credenciado, deverá suportar a reparação dos danos impostos à autora.

O dano extrapatrimonial incide em tais caso, configurado pelo intenso sofrimento físico e moral decorrente da inadequada prestação de serviço dispensada à paciente/autora, consistente na perfuração intestinal durante a realização de colonoscopia que colocou em risco a vida da autora e resultou em sequelas irreversíveis, a presumir a ocorrência do dano moral *in re ipsa.*

Neste sentido:

"*APELAÇÃO – Ação de Indenização por Danos Materiais, Estéticos e Morais – Erro Médico – Propositura por paciente contra médico e hospital com a pretensão de reparação de danos decorrentes de falha no atendimento médico prestado durante exame de colonoscopia, consubstanciada em perfuração intestinal – Sentença de improcedência – Inconformismo do autor, alegando que, restando comprovada a imperícia na realização do exame de colonoscopia que resultou em perfuração intestinal – Cabimento parcial – Incontroverso que durante a realização do exame de colonoscopia, o autor sofreu perfuração intestinal, é certa a ocorrência de erro médico, decorrente da conduta imperita adotada pelo réu AMAURY, médico credenciado do corréu HOSPITAL DIA CANTO DO FORTE – Ainda que a teor das considerações da perícia, seja incontroverso que a perfuração intestinal seja intercorrência que raramente ocorre durante a realização de exame de colonoscopia, é certo que, à míngua de esclarecimentos mínimos acerca dos motivos e circunstâncias que ensejaram a perfuração intestinal em foco, forçoso reconhecer que o procedimento médico foi realizado de forma defeituosa, resultando em graves sequelas à saúde do autor – Danos morais caracterizados e fixados em R$30.000,00 – Inviável ressarcimento de valores com gastos médicos para o restabelecimento da saúde do autor à falta de comprovação das respectivas despesas, tampouco em ressarcimento da remuneração que o autor deixou de perceber durante o período de recuperação, visto que restou comprovado o recebimento de benefício previdenciário durante o período de afastamento – Pedido de reparação por danos estéticos que também deve ser rechaçado, pois não restou suficientemente demonstrada a existência de deformidades ou cicatrizes aparentes, aptas a comprometer a estética do autor – Pleito de ressarcimento de honorários advocatícios contratuais que também deve ser rejeitado, na medida em que, além de não haver qualquer comprovação do pagamento da referida verba pelo*

autor, é incontroverso que os réus não participaram do ajuste que estabeleceu os honorários com a contratação de advogados – Recurso provido em parte para julgar a ação parcialmente procedente". (TJSP; Apelação Cível 1019710-54.2020.8.26.0562; Relator: José Aparício Coelho Prado Neto; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/11/2022; Data de Registro: 10/11/2022).

Evidenciada a grave incúria do servidor público responsável, mostrou-se correta a fixação da indenização por danos morais em R$40.000,00 (quarenta mil reais), quantia que se mostra razoável, pois além de quantificar e adequadamente compensar a autora pelo ocorrido, atende à finalidade de desestimular e coibir a reiteração de condutas lesivas de mesma natureza, em vista das peculiaridades do presente caso e ainda, pela ausência de insulto a aspectos íntimos da personalidade da demandante.

Além disso, a possibilidade de cumulação de danos morais e estéticos, é entendimento consolidado no âmbito do C. Superior Tribunal de Justiça, conforme enunciado da Súmula 387: "*É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral*".

Assim, o pedido de reparação pelos danos estéticos foi corretamente acolhido, eis que restou evidenciada a existência de deformidades e grandes cicatrizes, aparentes e permanentes (fl. 432), elementos materiais aptos a comprometer, objetivamente, a estética da autora; a quantia de R$30.000,00 (trinta mil reais), por sua vez, é condizente com o dano sofrido.

Por tais fundamentos, nos termos do que autoriza o art. 252 do RITJSP, mantém-se a sentença que decretou a procedência do pedido inicial, com a condenação do requerido ao pagamento da indenização por dano moral no importe de R$40.000,00 (quarenta mil reais) e danos estéticos no valor de R$30.000,00 (trinta mil reais); as indenizações serão acrescidas de juros moratórios a partir do evento danoso (Súmula 54/STJ), precisamente data do exame de colonoscopia (dia 18/12/2018) e até 08/12/2021, termo a partir do qual fluirá unicamente taxa Selic, que engloba juros e correção monetária (EC 113/21).

A fim de disponibilizar as vias especial e extraordinária, consideram-se expressamente prequestionados os dispositivos constitucionais e legais invocados, aos quais não se contrariou nem se negou vigência.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso e majoram-se os honorários advocatícios devidos ao advogado da autora em 3%, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

Acesso ao Sumário

Apelações/Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1007192-36.2022.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante/Apelado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, são apelados/apelantes LOPES KALIL ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA. e FBS CONSTRUÇÃO CIVIL E PAVIMENTAÇÃO S/A.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recursos interpostos pela corré FBS desprovido; provido o apelo interposto pela Municipalidade de São Paulo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.794)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e HELOÍSA MIMESSI.

São Paulo, 15 de julho de 2024.

NOGUEIRA DIEFENTHALER, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LESÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. FURTO DE ESTÁTUA DE BRONZE "DIANA, A CAÇADORA". DANO MORAL COLETIVO CONFIGURADO.

1. Ação civil pública ajuizada pelo Município de São Paulo visando condenar as acionadas FBS Construção Civil e Pavimentação S/A e Lopes Kalil Engenharia e Comércio Ltda. condenação das empresas para que lhes sejam determinadas a obrigação de repor a estátua em bronze "Diana, a Caçadora" mediante a contratação de profissionais do SENAI para reconstruir a referida obra de arte ou, subsidiariamente, indenizar o Município de São Paulo no valor gasto para a reprodução da obra, o que deverá ser definido em liquidação de sentença, bem como ao pagamento de indenização por dano moral coletivo.

2. A responsabilidade pela guarda e vigilância do patrimônio público componente da área objeto das obras de revitalização urbana no Vale do Anhangabaú incumbia às corrés, enquanto contratadas para a

Acesso ao Sumário

realização das obras na área, não podendo ser excluída como pretendido pela recorrente. Sentença mantida por seus próprios fundamentos neste ponto. Art. 252, RITJSP.

3. Dano moral coletivo caracterizado. Sentença parcialmente reformada. Danos morais coletivos: subtração de estátua de bronze que compunha o patrimônio histórico, artístico e cultural do Município de São Paulo que acarretou lesão à ao direito de acesso à cultura da coletividade, afetando a dignidade dos munícipes de São Paulo. Reparação que se impõe.

Recursos interpostos pela corré FBS desprovido; provido o apelo interposto pela Municipalidade de São Paulo.

VOTO

Vistos;

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelas partes, MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, FBS CONSTRUÇÃO CIVIL E PAVIMENTAÇÃO S/A E LOPES KALIL ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA., em face de sentença de fls. 1381/1386, proferida nos autos da ação civil pública ajuizada pelo MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, por meio da qual o DD. Magistrado *a quo* julgou-a parcialmente procedente para condenar os corréus de forma solidária a ressarcir o Município de São Paulo pela subtração da estátua "*Diana, a Caçadora*" (réplica em bronze da obra do escultor francês Jean-Antoine Houdon) durante a execução do contrato nº 025/SMSO/2017, cujo valor exato deverás ser apurado em fase de liquidação de sentença, atualizado a partir do pagamento, conforme Tabela do Tribunal de Justiça, e com a inclusão de juros de mora de 1% ao mês a partir do evento lesivo (19 de junho de 2.019). Não houve condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Inconformados com a sentença, os corréus almejam sua reforma.

A Municipalidade de São Paulo sustenta, em síntese, a existência de dano moral coletivo e requer o acolhimento do pedido inicial para condenar as corrés ao pagamento de indenização no importe de R$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais).

As corrés, a seu turno requerem a reforma da sentença, a fim de que seja acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva. No mérito, requerem a improcedência do pedido inicial.

A corré Lopes Kalil Engenharia e Comércio Ltda reitera, basicamente, as teses defendidas em sua contestação, quais sejam, contrato firmado com a Municipalidade não consta a obrigação de realização de segurança patrimonial por

Acesso ao Sumário

parte do contratado, bem como que a referida estátua sequer era objeto de intervenção do consórcio. Defende, ademais, que a pretensão do Município seria imputar a ela, contratada, a responsabilidade por toda e qualquer obra pública as quais são, obviamente, de responsabilidade de Estado, bem como insurgiu-se contra o valor da obra de arte orçado pelo ente municipal e assevera inexistir dano moral a ser indenizado.

Já a FBS Construção Civil e Pavimentação S/A sustenta, no mérito, a inexistência de previsão contratual da obrigação de guarda e vigilância dos bens públicos, bem como compete à Municipalidade o dever de proteção do patrimônio público. Faz alusão sobre o tema da responsabilidade extracontratual que tem por inexistente no tocante ao dever de vigilância e guarda da estátua objeto desta ação. Impugna o valor requerido pela Municipalidade como ressarcimento ao erário, especialmente, porque o preço indicado não corresponde ao estado de conservação da obra, já que a estátua estava sem o braço, os dedos e o arco e a flecha, por se encontrar abandonada há muitos anos pelo próprio Poder Público. Por fim, requer, subsidiariamente, a redução do valor da condenação no que tange à extensão do dano, em razão de a estátua encontrar-se deteriorada ao tempo em que fora furtada.

A fls. 1531/1532 foi determinado à apelante FBS a complementação do preparo e à apelante LOPES KALIL que trouxesse aos autos o comprovante de recolhimento do preparo, conforme mencionado a fl. 1412, no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de não conhecimento do recurso, em face da ausência de seu recolhimento (certidão de fl. 1515).

A fls. 1535/1536 a apelante FBS peticionou nos autos comprovando a complementação do valor do preparo e a fl. 1548 restou certificado nos autos o decurso do prazo com a inércia da apelante Lopes Kalil, sem que tenha comprovado o recolhimento do preparo, conforme determinado a fls. 1531/1532.

Acham-se os recursos da Municipalidade de São Paulo e da FBS Construção Civil e Pavimentação S/A tempestivos, em ordem e bem processados; instruídos com contrarrazões do Ministério Público e com parecer da D. Procuradoria de Justiça, opinando no sentido do desprovimento do recurso interposto pela FBS e do provimento do recurso interposto pelo Município de São Paulo.

É o relatório, passo ao voto.

1. Inicialmente anoto acharem-se presentes os pressupostos de recorribilidade dos apelos interpostos pela Municipalidade de São Paulo e pela FBS Construção Civil e Pavimentação S/A, reunindo os recursos condições de cognoscibilidade.

Em relação ao apelo interposto pela empresa Lopes Kalil, o recurso não reúne condições de admissibilidade, haja vista caracterizada a deserção diante da falta de comprovação do recolhimento da taxa judiciária. Apesar de instada a regularizar o preparo, a corré manteve-se inerte e certificado o decurso do prazo

Acesso ao Sumário

in albis a fl. 1548.

O recurso de apelação interposto pela Lopes Kalil não deve ser conhecido.

Passo ao exame dos recursos interpostos pela Municipalidade de São Paulo e da FBS.

2. Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo MUNICÍPIO DE SÃO PAULO visando a condenação da FBS CONSTRUÇÃO CIVIL E PAVIMENTAÇÃO S/A e LOPES KALIL ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA. à obrigação de ressarcir o erário municipal pelo dano ao patrimônio histórico, artístico e cultural do Município, caracterizado pelo desaparecimento da estátua de bronze "Diana, a Caçadora", localizada na Praça Pedro Lessa, próximo à saída da estação do Vale do Anhangabaú do Metrô. Essa obra achava-se por compreendida na área objeto de contrato formalizado para a execução de obras para a revitalização do Vale do Anhangabaú e procedeu do contrato administrativo nº 025/SMO/2017 firmado entre o Município e as referidas empresas.

O prolator da r. Sentença recorrida acolheu em parte os pedidos iniciais do Município, e declarou a responsabilidade solidária das corrés na reparação do dano causado pelo desaparecimento da obra de arte, cujo valor exato deveria ser apurado em fase de liquidação de sentença, porém, deixou de acolher o pedido de condenação das corrés à reparação do dano moral coletivo suportado com o desaparecimento da estátua de bronze.

Contra essa decisão recorrerem as partes que almejam reformá-la.

Entretanto, precede-nos o desafio ensejar a análise da tese preliminar de ilegitimidade passiva alegada pela apelante FBS.

3. Pois bem, rigorosamente convém rejeitar-se a preliminar de ilegitimidade passiva, pois, como muito bem fundamentado na instância *a quo*:

> (...) uma vez que o Consórcio não ostenta personalidade jurídica para figurar no polo passivo da ação, conforme estabelece do artigo 278 da Lei nº 6404/76, *verbis*:
> *"Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.*
> *§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade."* (fl. 1292)

Note-se, ademais, que a obrigação de indenizar encontra fundamento, outrossim, na atual *Lei de Licitações*, a *Lei federal nº 14.133/2021*, que em seus artigos 115 e 120, assim dispõe:

> *Art. 115. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, e cada parte responderá pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.*
> *Art. 120. O contratado será responsável pelos danos causados direta-*

Acesso ao Sumário

mente à Administração ou a terceiros em razão da execução do contrato, e não excluirá nem reduzirá essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo contratante.

A controvérsia tem por baricentro a indenização de dano causado ao patrimônio histórico, artístico e cultural do Município em razão da subtração da estátua "Diana, a Caçadora", infração ocorrida durante a realização de obras de revitalização no Vale do Anhangabaú e seu entorno. Ditos trabalhos advieram de licitação pública que por sua vez fora confiada às empresas acima referidas. Ora, em 23/05/2019, tais encargos sob a responsabilidade das corrés FBS e Lopes Kalil, incluía-se – diz-nos a Municipalidade, a proteção do patrimônio público que quadrava com a extensão licitada e no interior da qual incluía-se a obra de arte a que se refere a presente demanda. Pergunta-se: se durante o período em que vigera o contrato administrativo, haveria como de plano a afastar-se o pressuposto da legitimidade ad causam passiva para compor o polo passivo desta ação civil pública? A resposta efetivamente será negativa. Com efeito, o tônus do debate contraditório não coincide com a plausibilidade da exclusão pura e simples da parte que impugna a pretensão, sedizente como quem fora alheia ao dever de vir a debater nos autos a temática acerca de sua potencial responsabilização. E ainda com argumentos conduzidos no sentido de que o dever de vigilância não lhe competia, ou mais, que as obrigações estipuladas no contrato público não se referiam ao dever de cuidar do patrimônio artístico – aqui representado pela imagem furtada –; entretanto, *tutto somato* – o rol de argumentos desaguaria no estuário processual da necessidade de confrontá-los diante de cada *quaestio* presente no âmbito do processo, vale dizer, mediante a angularização da lide.

Rejeito, assim, a tese preliminar de ilegitimidade passiva das corrés.

4. Adentremos no âmbito de mérito; pois bem, interpretando-se o conteúdo dos elementos contraditórios produzidos nos presentes autos, constata-se que a questão nodal do debate aqui travado coloca-se no quadro da indenizibilidade em face de um fato: o desaparecimento da estátua de bronze réplica da obra e sobre a quem caberia a responsabilização. Note-se a propósito, que houve a subtração da estátua "*Diana, a Caçadora*" ocorrida em 19 de junho de 2019, diga-se, em trecho temporal coincidente com a execução das obras para a revitalização no Vale do Anhangabaú e seu entorno, que, como já dissemos acima, achava-se então sob a confiança das corrés FBS e Lopes Kalil Engenharia – que encabeçavam a execução de um contrato iniciado em 23 de maio de 2019.

E no que se relaciona à figura da condenação das corrés na obrigação de ressarcir o Município de São Paulo decretada mediante a r. sentença visando à reparação do dano material causado ao patrimônio histórico, a r. sentença não suscita um novo decreto voltado à sua reforma, como veremos *infra*.

Efetivamente, o prolator da respeitável sentença apelada ponderou as questões controvertidas, bem como as provas produzidas pelas partes, e ultimou

Acesso ao Sumário

com irrepreensível e bem fundamentada a procedência do pedido inicial em relação ao ressarcimento pelo dano material ao patrimônio histórico, artístico e cultural do Município, segundo o qual, o desaparecimento da estátua de bronze causou sensível dano ao patrimônio público. Ademais, as razões recursais não trazem elemento novo.

Logo, a manutenção do corpo intelectivo constante da sentença convém próprios fundamentos, sob a égide do art. 252[1] do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. Assim nega-se provimento ao recurso, ratificando-se os termos da decisão ora combatida por seus próprios e jurídicos fundamentos. Sem embargo disso, prossigamos;

Ora bem, no ponto devolvido à análise deste Colegiado, referente à questão da responsabilidade das corrés pela guarda do patrimônio público objeto do contrato administrativo nº 025/SMSO/2017, às apelantes confiado e concedido pela municipalidade de São Paulo, foi temática devidamente desenvolvida e fundamentada pelo DD. Magistrado sentenciante a fls. 1383/1384, Vamos ao fundamentos:

> "A respeito de danos causados ao patrimônio público durante a execução de contratos firmados com a Administração Pública, prevê a Lei Federal nº 8.666/93:
>
> > *"Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.*
> > *(...)*
> > *Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado".*
>
> Por seu turno, o Contrato nº 025/SMSO/2017, celebrado entre os demandantes, dispõe:
>
> > *'12.1. Compete à CONTRATADA:*
> > *12.1.1. Assumir integral responsabilidade pela boa e eficiente execução das obras e/ou serviços, que deverão ser efetuados de acordo com o estabelecido no Edital e seus anexos, documentos técnicos fornecidos, normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas e a legislação em vigor, assim como pelos danos decorrentes da realização dos referidos trabalhos.*
> > *(...)*
> > *12.1.13. Assumir integral responsabilidade pelos danos causados diretamente à PREFEITURA ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do Contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade, a fiscalização ou acompanhamento pela PREFEITURA, do desenvolvimento dos serviços e obras deste Contrato'.*

Acesso ao Sumário

1 RITJSP, "Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la"

Ainda que argúam as ré o fato de inexistir previsão contratual de guarda e vigilância, importante o registro de que há expressa referência, no Anexo I - Termo de Referência ao Edital de Concorrência nº 045160100, à responsabilidade da parte contratada quanto à preservação das obras de arte existentes no Vale do Anhangabaú, entre as quais incluída a obra em questão, *verbis*:

> *Termo de Referência, no item 2 ("escopo dos serviços") consta a seguinte "nota importante":*
> *"2. Existem 3 esculturas inscritas no perímetro da futura intervenção, objeto deste: a escultura 'Verdi" (representando a inspiração do compositor italiano através de um anjo às suas costas), junto à escadaria de acesso a rua Líbero Badaró, que receberá sistema de arquibancadas e mirante proposto no projeto básico,* ***outra de nome 'Diana", junto à praça Pedro Lessa*** *e outra, ainda, denominada 'Drusa' mais à área central do Vale. Não faz parte da intervenção estabelecida por este Termo a remoção ou o restauro destas 3 obras de arte.* ***Deverão, sim, ser protegidas durante as obras****" g.n. (fl. 43)*

A leitura dos citados dispositivos revela que, durante a execução do objeto contratual, deveriam as contratadas adotarem as medidas necessárias à proteção das obras de arte, dever que não pode ser afastado pela previsão legal a respeito da competência municipal referente à segurança pública, por meio da Guarda Civil Metropolitana.

Nesse cenário, emerge como induvidosa a responsabilidade das rés em efetuar a reposição da obra de arte ou, então, em indenizar o Município de São Paulo, por meio de pagamento de valor suficiente para o custeio da reprodução da estátua. (fls. 1383/1385)"

Na hipótese, o desaparecimento da estátua de bronze "Diana, a Caçadora" evidencia indiscutível falha no cumprimento contratual assumido pelas corrés FBS e Lopes Kalil, consubstanciada na omissão das corrés no tocante ao dever de guarda e vigilância. Assim, houve irrespondível descumprimento da cláusula 12.1. do contrato administrativo nº 025/SMSO/2017, em face da falta de vigilância que suscitou o desaparecimento da estátua de bronze, patrimônio histórico, artístico e cultural da Municipalidade de São Paulo. Reitere-se – o furto foi praticado durante o período de realização das obras de revitalização do Vale do Anhangabaú; logo, tem-se por inarredável o dever das corrés de ressarcir o erário municipal pelo dano material a ele causado.

5. Relativamente ao pedido subsidiário de redução do valor da indenização, o pedido não comporta o acolhimento almejado, haja vista que, apesar de o Município ter acostado aos autos o orçamento elaborado pelo SENAI, o próprio magistrado deixou de acolhê-lo e assentou que o valor deverá ser aferido em fase de liquidação de sentença.

6. E no que se refere à pretensão recursal do Município de São Paulo voltada ao objeto de condenar as corrés ao pagamento de dano moral coletivo, anoto que o pedido comporta o acolhimento almejado. Vejamos.

Acesso ao Sumário

Ora, compete ao ente municipal zelar pela integral reparação dos danos suportados advindo de descumprimento contratual por parte das corrés, nela incluindo-se o dano material e o moral causado ao Município e aos seus munícipes. Cuida-se de bem jurídico de natureza coletiva, o patrimônio artístico, histórico e cultural de uma coletividade constitui-se em bens jurídicos de proteção constitucional, cuja defesa é passível de tutela judicial coletiva.

A importância histórica, artística e cultural da réplica em bronze da estátua "Diana, a Caçadora", para os munícipes de São Paulo é inquestionável, sobretudo, porque, como bem ressaltou a D. Procuradoria de Justiça em seu parecer:

> "A importância da estátua, conquanto uma réplica da escultura "Diana, a Caçadora", de Jean Antoine Houdon (1741-1828), é inegável e traz acesso ao povo, sobretudo aquelas pessoas que no dia a dia têm (tinham) contato com a obra ao transitar naquele local movimentando da nossa São Paulo. Muitos não terão, com certeza, acesso ao original exposto no Museu do Louvre, mas recebiam a informação cultural, contemplavam a beleza e interagiam com a arte exposta. Isso lhes foi ceifado há cinco anos, desde 2019 e lhes será sonegado por tantos outros anos, considerando a resistência das empresas na admissão da responsabilidade.
> A réplica possui **sim** importância artístico-cultural. Atinge camada da população mais carente do acesso a obras desse jaez. Foi realizada com todo o esmero e a técnica aplicada para esculpi-la é reconhecida. Estava no local **há 70 anos em exposição pública**. (fl. 1529)" – ***grifei***.

Com a desídia que vulnerou-se o patrimônio histórico-cultural da coletividade e o consequente prejuízo imaterial inegáveis no caso presente, trazem-nos os elementos necessários que categorizam o dano moral coletivo, tal qual alegado pelo Município de São Paulo em suas razões recursais.

A respeito do tema o C. STJ já se manifestou no sentido de que:

> "O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa. (...) É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva.
> (STJ, REsp n. 1.438.815/RN, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/11/2016, DJe de 1/12/2016.)"

Apresentam-se concretos os danos morais coletivos; eles positivamente, advieram a propósito do lamentável desaparecimento da réplica em bronze da estátua "Diana, a Caçadora" no Vale do Anhangabaú, que impactou negativamente a população do Município de São Paulo. Com efeito, materializou-se sensível abalo nos meios culturais, tremor que recaiu sobre a comunidade e o respectivo patrimônio histórico-cultural e artístico, de sorte a calhar a reparação,

Acesso ao Sumário

a qual, por sua vez, deverá ser paga ao *Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos*. É que, ao apoucar-se a vigilância da área onde se encontrava a obra de arte, a empresa responsável chamou para si o dever de indenizar. Os bens culturais e artísticos fazem parte do patrimônio espiritual de uma nação, de uma cidade. E aqui penso, com a devida vênia, calhar uma breve reflexão; há em nosso país um enorme conjunto de bens de importância indiscutível e de variados matizes, pois somos uma nação que acolhe influência de todas as partes do mundo e de todas as eras. A romana Diana, Caçadora, condiz com isso. Tratava-se da "deusa" que protegia a natureza, filha de Júpiter e de Latona, ela assume certa representação simbólica de atualidade evidente, o cuidado com o meio ambiente. A par disso, agregue-se a perda do trabalho artístico de autoria de Houdon – gravame e prejuízo enorme, irreparável. É lamentável que tenhamos tão pouco cuidado com os bens culturais e artísticos. Basta-nos para chegar-se a essa triste conclusão, que contemplemos o estado de nossas cidades: estátuas, monumentos, prédios históricos, referências centenárias, ou quase demolidas, ou pichadas, traduz a triste figura da incultura de nosso patrimônio artístico e histórico. Dói-nos concordar com a asserção do D. Procurador de Justiça: antes do furto tínhamos Diana – durante décadas, exposta livre e publicamente no Anhangabaú. Para vê-la agora, somente no Louvre.

No tocante ao montante indenizatório, tem-se que a compensação financeira há de levar em conta o bem jurídico tutelado, a gravidade da conduta, a extensão do dano e as condições financeiras do ofensor. Considerando-se esses parâmetros, reputo razoável ao caso o valor de R$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais) pleiteado pelo Município de São Paulo, inclusive à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O valor quantificado há de ser atualizado monetariamente a partir da data do arbitramento e com juros de mora a partir do evento danoso, nos termos da *Súmula 362*[2] e da *Súmula 54*[3], ambas do C. Superior Tribunal de Justiça.

E no que concerne aos consectários legais, observar-se-á a decisão prolatada no E. Supremo Tribunal Federal no *Recurso Especial nº 870.947/SE (Tema 810/STF) e lavrada pelo C. STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.492.221/PR (Tema 905/STJ)*, especificamente o disposto no item 3.1[4], até a entrada em vigor da *Emenda Constitucional nº 113/2021*, a partir de quando

2 Súmula 362, STJ: A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

3 Súmula 54, STJ: Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

4 As condenações judiciais de natureza administrativa em geral, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até dezembro/2002: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) no período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; (c) período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E.

Acesso ao Sumário

deverá ser aplicada a Taxa SELIC, nos termos do art. 3º da referida emenda[5].

Posto isso, voto no sentido do **provimento** do recurso do Município de São Paulo e do **desprovimento** do apelo da FBS Construção Civil e Pavimentação S/A, nos termos da fundamentação desenvolvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação/Remessa Necessária nº 1027023-76.2021.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante EDP SÃO PAULO DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA S.A, é apelado MUNICÍPIO DE GUARULHOS.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após sustentação oral do Dr. Alan Kim Yokoyama, deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.934)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente) e BEATRIZ BRAGA.

São Paulo, 15 de agosto de 2024.

MARCELO L THEODÓSIO, Relator

Ementa: Apelação – Ação Anulatória – Multa – Descumprimento da legislação municipal que versa sobre infraestrutura da rede de distribuição de energia elétrica e instalação de poste de iluminação pública – Alegação de inconstitucionalidade de legislação municipal – Descabimento – Tal questão deve ser suscitada por meio do recurso pertinente, se o caso; uma vez que a competência para apreciar referida matéria cabe ao Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, razão pela qual afigura-se inadequada a via eleita – Ausência de atendimento de todas as exigências legais – Inadmissibilidade - Legislação Municipal que não fere o princípio da competência legislativa que é concorrente – Preservada a competência municipal sobre a matéria (ocupação do solo e direito urbanístico) – Imposição de multa por descumprimento da(s) disposição(ões) legal(is) – Possibilidade – Penalidade aplicada devidamente motivada – Ausência de irregu-

Acesso ao Sumário

5 Art. 3º Nas discussões e nas condenações que envolvam a Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora, inclusive do precatório, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente.

laridade no procedimento administrativo a justificar o acolhimento da pretensão de afastamento da sanção – Precedente do C. STJ – Sentença de improcedência mantida – Recurso parcialmente provido, apenas para aplicação do escalonamento da verba honorária prevista no § 3º do art. 85 do CPC.

VOTO

Trata-se de ação anulatória com pedido de tutela de urgência movida por **EDP SÃO PAULO DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA S/A** em face do **MUNICÍPIO DE GUARULHOS** alegando, em síntese, que foi autuado pelo réu, por descumprimento de legislação municipal. Afirmou que teve lavrado contra si auto(s) de infração pela inobservância das Leis Municipais nºs 6.070/2005, 7.214/2013 e 7.480/2016, os quais dispõem sobre a infraestrutura da rede de distribuição de energia elétrica e instalação de poste de iluminação pública. Sustenta que a autuação é nula, posto que amparada em lei local que adentra, inconstitucionalmente, a competência privativa da União. Requereu a procedência da ação e o cancelamento da(s) multa(s).

O pedido de tutela antecipada foi indeferido (fls. 514).

Contestação às fls. 525/533, sustentando a validade e a regularidade da autuação e da multa. No tocante à declaração de inconstitucionalidade da legislação municipal, alegou que tal declaração não pode ser obtida pela via eleita. Requereu a improcedência da demanda.

Réplica (fls. 565/578).

A sentença de fls. 1172/1180 julgou improcedente a ação e condenou o autor no pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Recurso de apelação às fls. 1185/1222, buscando a reforma do julgado e reiterando, em suma, as alegações da peça inicial. Preliminarmente, suscitou cerceamento de defesa. Subsidiariamente, pugnou pela condenação da verba honorária nos percentuais mínimos de cada faixa constante no §3º do art. 85 do CPC.

Contrarrazões (fls. 1229/1236).

Oposição ao julgamento virtual (fls. 1261).

É O RELATÓRIO.

O recurso comporta parcial provimento, apenas em relação ao pedido subsidiário.

Inicialmente, no tocante à alegação de inconstitucionalidade da legislação municipal, ressalte-se que tal questão deve ser suscitada por meio do recurso pertinente, se o caso; uma vez que a competência para apreciar referida matéria cabe ao Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, razão pela qual afigura-se

Acesso ao Sumário

inadequada a via eleita.

Também não há se falar em cerceamento de defesa, vez que o feito comporta o julgamento antecipado do mérito, nos termos do artigo 335, inciso I, do CPC, não havendo qualquer necessidade de produção de outras provas além daquelas constantes nos autos, na medida em que a matéria ora discutida é unicamente de direito e passível de demonstração apenas documental, não configurando cerceamento de defesa o julgamento da causa sem a produção de prova quando o juiz considerar substancialmente instruído o feito, considerando a existência de provas suficientes para o seu convencimento, ressaltando-se que incumbe ao magistrado, destinatário das provas, determinar quais são necessárias à apreciação do mérito, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

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

Quanto ao mérito, melhor sorte não assiste ao autor, ora apelante.

Com efeito, o objetivo da(s) norma(s) mencionada(s) pelo autor consiste(m) justamente em afastar eventuais ameaças à coletividade, bem como prevenir danos referentes a ocupação do solo e ao direito urbanístico, inevitavelmente afetado pela instalação e disposição de postes de iluminação pública e também pela infraestrutura da rede de distribuição de energia elétrica, justificando, assim, todas as exigências legalmente previstas.

Nesse sentido, ressalte-se, por oportuno, que tanto a ocupação do solo quanto a questão urbanística são matérias afetas a todos os entes federativos, pois, conforme a repartição de competências estabelecida pela Constituição Federal, ambas as matérias são de competência legislativa concorrente.

Significa dizer que o Município tem autonomia para legislar sobre ambas as matérias, quando houver interesse eminentemente local – e de competência administrativa comum – autorizando o exercício do poder de polícia municipal para fiscalizar e restringir a esfera jurídica de particulares, em benefício da coletividade e da tutela de direitos fundamentais.

Nesse sentido, conforme bem destacou o nobre magistrado de 1º grau, Dr. Rodrigo Tellini de Aguirre Camargo: "*Também é importante destacar que a Constituição, em seu artigo 30, inciso VIII, confere ao Município a responsabilidade de promover um ordenamento territorial adequado, através de planejamento e controle do solo urbano, abrangendo o parcelamento e ocupação do solo. Dentro desse contexto, o Município possui o poder de polícia, o que lhe permite aplicar medidas coercitivas para impedir irregularidades no uso do*

Acesso ao Sumário

solo urbano. Ademais, conforme previsto no artigo 30, inciso I, da Constituição Federal, é competência dos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local e, de acordo com o inciso II do mesmo artigo, suplementar a legislação federal e estadual no que for pertinente. Diante desse contexto, adequado afirmar que o Município pode exigir que o uso de seu solo seja realizado de forma ordenada, buscando a devida aplicação da Lei Municipal nº 7.480/2016 – que versa sobre o tema em questão – por parte dos ocupantes do território municipal, inclusive da EDP, sem avançar sobre a competência legiferante da União. O zelo pelo ordenamento territorial é essencial para assegurar o desenvolvimento harmonioso das cidades, garantindo o bem-estar e a qualidade de vida de seus habitantes. É dever dos Municípios, em consonância com a Constituição Federal, adotar medidas que visem ao crescimento sustentável e ao cumprimento das normas vigentes. Com efeito, cabe ao Município estabelecer regras e parâmetros urbanísticos que promovam a utilização racional do solo e a adequada ocupação urbana. Essas medidas têm como objetivo prevenir a formação de espaços caóticos, com infraestrutura inadequada e desordenada, garantindo, assim, uma melhor qualidade de vida à população". (fls. 1174/1175)

Como se pode notar, o Município de Guarulhos apenas exerceu o seu papel previsto na Constituição Federal, vale dizer, de legislar sobre planejamento e controle do uso e da ocupação do solo e urbanismo, além de assuntos de interesse local, a exemplo do adequado ordenamento territorial e, para tanto, utiliza de seu Poder de Polícia, o qual permite limitar a atividade econômica do particular, em prol do interesse público, que, no caso em tela, constituem o direito urbanístico e o bem-estar da população local.

Na hipótese em análise, o autor também não demonstrou a existência de qualquer vício no procedimento administrativo que culminou na imposição da sanção que pretende afastar.

Com efeito, diversamente do que pretende fazer crer o apelante, a hipótese em questão comportava mesmo a imposição da sanção (multa) prevista na legislação que rege a matéria.

Isso porque, evidenciado a inobservância da(s) disposição(ões) legal(ais), não se vislumbra a existência de qualquer óbice para que a Administração Pública imponha a sanção prevista no referido ordenamento.

Ademais, conforme se depreende das provas trazidas aos autos, a imposição da penalidade está lastreada em elementos que demonstraram o descumprimento da(s) exigência(s) pelo apelante, já que não foi demonstrada a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Outrossim, não se constata qualquer afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois nos presentes autos, não houve o devido cumprimento das exigências previstas na legislação municipal.

Significa dizer que, no caso em tela, inexiste justificativa plausível para o

Acesso ao Sumário

descumprimento da lei.

No mais, tampouco comporta acolhimento a alegação de inobservância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na imposição da sanção, uma vez que, no caso dos autos, a imposição de multa não se mostra excessiva ou desproporcional, inclusive considerando-se o potencial econômico/financeiro da empresa autora, bem como sua reiterada inércia em solucionar a questão, mesmo após as notificações enviadas pelo ente público.

Como se sabe, o Judiciário não pode imiscuir-se no conteúdo de mérito dos atos administrativos. Deve, contudo, verificar se todos os contornos legais desse ato foram obedecidos. E estes, na hipótese, mostraram-se satisfeitos.

Indiscutível, portanto, que o ato em questão está devidamente motivado, atendendo aos requisitos legais indispensáveis à prática do ato administrativo. Assim, preenchidos os requisitos legais, a imposição da penalidade ao autor, ora apelante, não se caracteriza como ilegal, tampouco arbitrária ou excessiva.

Portanto, correto o entendimento do Juízo *a quo*, vez que a improcedência da demanda é medida de rigor.

Por fim, razão assiste ao apelante apenas em relação ao pedido recursal subsidiário, vez que, no tocante a verba honorária sucumbencial, deve ser observado o quanto previsto nos §§ 3º e 5º do artigo 85, do CPC.

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Egrégio Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida. E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de pré-questionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (STJ, EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER).

Consigne-se que, para fins de prequestionamento, estar o julgado em consonância com os dispositivos legais e constitucionais mencionados nas razões recursais.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, apenas para fixar a verba honorária no percentual mínimo sobre o valor atualizado da causa, considerando o quanto previsto nos §§ 3º e 5º do artigo 85, do CPC; permanecendo inalterada, no mais, a sentença de 1º grau.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1023393-31.2022.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e 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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.069)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente sem voto), HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e RICARDO CHIMENTI.

São Paulo, 15 de agosto de 2024.

BEATRIZ BRAGA, Relatora

Ementa: Apelação Cível – Ação Anulatória de Lançamento Fiscal – ISSQN – Serviços de Armazenagem e Movimentação de Cargas – Cláusula "Take or Pay" – Natureza Jurídica – Tributabilidade.

Apelação contra sentença que julgou procedente a ação anulatória de lançamento fiscal relativo ao ISSQN referente aos serviços de armazenagem e movimentação de cargas (item 20.01 da LC 116/2003), em razão da ausência de fato gerador para o imposto sobre valores faturados com base na cláusula "take or pay".

A cláusula "take or pay" é um dispositivo contratual que estipula o pagamento de uma quantidade mínima de serviços ou produtos, independentemente de sua utilização, garantindo ao fornecedor uma certa previsibilidade de receita.

No caso, a autora dedica-se à exploração de instalação portuária e é responsável pela coordenação e organização de cargas. O contrato objeto dos autos é o de depósito, envolvendo o cumprimento de normas rigorosas para a conservação dos produtos.

Não há que se confundir a cláusula take or pay com a cláusula penal. Conforme o art. 408 do Código Civil, esta impõe uma sanção contratual à parte que não cumpre a obrigação. Entretanto, a cláusula "take or pay" não reflete uma multa compensatória, mas sim uma obrigação de pagamento pelo serviço disponibilizado.

O STJ já se posicionou no sentido de a cláusula "take or pay" diz respeito à própria obrigação principal, porquanto contempla obrigação de pagar quantia, ca-

Acesso ao Sumário

racterizando-se como um elemento de aleatoriedade contratual.
Logo, a incidência do ISS sobre valores recebidos em decorrência dessa cláusula é de rigor.
Por conseguinte, reforma-se a sentença para reconhecer-se a incidência de ISSQN sobre os valores recebidos em decorrência da cláusula "take-or-pay", com inversão da sucumbência.
Dá-se provimento ao recurso, nos termos do acórdão.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de procedência de fls 254/255, proferida nos autos da ação anulatória ajuizada por **T-Grão Cargo Terminal de Granéis S/A** em face do **Município de Santos**, para afastar a incidência de ISS sobre os valores lançados com base na cláusula "take or pay" e declarando, assim, a nulidade da CDA. Em razão da sucumbência, o réu foi condenado ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios nos percentuais mínimos sobre o valor da causa.

Insatisfeito com o resultado do julgado apela o Município.

Em suas razões recursais a fls 265/269, alega que houve julgamento antecipado da lide, sem permitir-se a produção de provas pelas partes, situação caracterizadora de cerceamento de defesa; o juízo entendeu que a cláusula "take or pay" poderia ser usada como crédito nos 12 meses seguintes, descaracterizando-a como multa compensatória. No entanto, a sentença não analisou essa cláusula em profundidade, nem a peculiaridade do abatimento/antecipação do pagamento; em casos análogos, o TJSP anulou sentenças para permitir a produção de prova pericial, evidenciando a necessidade de nova análise; pede a anulação da sentença por cerceamento de defesa ou, alternativamente, sua reforma, julgando-se improcedente a ação e invertendo-se a sucumbência.

Contrarrazões a fls 273/286.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade e deve ser conhecido. No mérito, comporta provimento.

Tem-se apelação contra a sentença que julgou procedente a ação anulatória de lançamento fiscal relativo ao ISSQN objeto da CDA 52.227/2019 atinente aos serviços de armazenagem e movimentação de cargas (item 20.01 da LC 116/2003), em razão da ausência de fato gerador para o imposto sobre valores faturados com base na cláusula "take or pay".

Tal cláusula (também conhecida como "take-and-pay") é um dispositivo contratual utilizado em diversos setores, incluindo o de serviços e fornecimento de produtos. Através dela, estipula-se que o contratante se compromete a aceitar e pagar por uma quantidade mínima de serviços ou produtos, independentemen-

te de utilizá-la ou consumi-la.

Assim, mesmo que o contratante não utilize todos os serviços ou produtos acordados, ele ainda é obrigado a pagar por uma quantidade mínima pré-determinada. Costuma-se vincular tal cláusula em contratos de longo prazo, como fornecimento de energia, telecomunicações, armazenamentos, transportes, entre outros serviços.

O objetivo principal da cláusula "take or pay" é garantir ao fornecedor uma certa previsibilidade de receita, incentivando investimentos e garantindo a continuidade da prestação do serviço ou fornecimento do produto, mesmo em períodos de baixa utilização pelo contratante.

No caso, a autora é uma empresa de capital aberto dedicada à exploração de instalação portuária relacionada à área arrendada para o manuseio e armazenamento de graneis sólidos de origem vegetal. Segundo o contrato de arrendamento apresentado, à arrendatária é atribuída a responsabilidade de instalar silos metálicos e expandir o ramal ferroviário local, conforme estipulado nas Cláusulas 1ª e 4ª, § 1º.

O cerne da operação autoral consiste na coordenação e organização de cargas, sendo que o contrato que mais se assemelha ao serviço prestado é o de depósito, conforme definido nos artigos 627 e 730 do Código Civil.

Adicionalmente, é relevante destacar-se que o armazenamento de grãos em silos vai muito além da simples disponibilização de galpões, pois envolve o cumprimento de diversas normas para a adequada conservação do produto, a prevenção de pragas e contaminações, além de medidas para evitar explosões causadas pelos gases liberados pelos grãos (sendo aplicável a normativa ABNT NBR 16385:2015 neste aspecto).

Assim, a prestação de serviços requer investimentos contínuos por parte da prestadora, seja para cumprir as obrigações estipuladas no contrato de arrendamento (incluindo a manutenção da área destinada ao armazenamento dos produtos correspondentes), seja para realizar atualizações e adaptações conforme as alterações nos parâmetros específicos da operação.

Contextualizada a demanda, a questão em análise diz respeito à incidência do ISS nos casos em que não ocorre a movimentação mínima contratada.

Para tanto, é crucial determinar-se se a remuneração oriunda da cláusula take or pay integra o preço do serviço em tela. Na sentença, o juízo considerou que este não foi prestado e interpretou essa cláusula como uma multa compensatória.

Tal comando deve ser reformado.

Conforme o art. 408 do Código Civil, a cláusula penal impõe (ou multa compensatória) impõe uma sanção contratual à parte que, por culpa, não cumpre a obrigação ou se torna inadimplente. No entanto, não é isso que se vê no serviço da autora, pois seu desempenho é atrelado à eventualidade do armazena-

Acesso ao Sumário

mento em depósito por conta da movimentação do próprio tomador. Este pode utilizar-se de todo o depósito contratado como também não utilizá-lo, mas tê-lo à sua disposição quando precisar sem descaracterização do contrato.

Sobre o tema, o STJ já se posicionou:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADEDE 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 NOCONSUMO 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, 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.)

Ao afirmar que a cláusula take or pay "compõe a própria obrigação", essa decisão aponta que o valor em questão é considerado tributável.

A corroborar, eis as disposições sobre contratos aleatórios no Direito Ci-

Acesso ao Sumário

vil:

> 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.

Aliando, assim, todo o acima mencionado, pode-se dizer que a cláusula take or pay é atinente a contrato de depósito aleatório.

Tal aleatoriedade do contrato firmado pela autora com os tomadores de seu serviço possui risco atrelado à demanda, pois não se sabe precisar a quantidade de produto que será depositada no futuro. Assim, há estipulação de pagamento pelo tomador independentemente da quantidade e necessidade do depósito efetuado em cada período contratado.

Maiores digressões não se fazem necessárias. Logo, dado que a cláusula take-or-pay é um componente de aleatoriedade contratual, a incidência do ISS torna-se evidente.

Tecidas tais considerações, necessário reformar-se a sentença para reconhecer-se a incidência de ISSQN sobre os valores recebidos em decorrência da cláusula "take-or-pay", com inversão da sucumbência.

A jurisprudência:

> 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 título. 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

Acesso ao Sumário

devido sobre todo o preço pago. Sentença reformada. Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 1023394-16.2022.8.26.0562; Relator: **Ricardo Chimenti**; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 14/03/2024; Data de Registro: 15/03/2024)

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 Código de Processo Civil. Assinale-se que esta medida está em consonância com a atual jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o tema.

Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso, nos termos do acórdão.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1019668-18.2023.8.26.0071, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado WAGNER BOER.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao apelo e ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 62.443)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente), JARBAS GOMES e OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 21 de agosto de 2024.

RICARDO DIP, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ITCMD - IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS. BASE DE CÁLCULO. DECRETO PAULISTA N. 55.002/2009.

- Vulnera o § 1º do inciso II do art. 97 do Código tributário nacional a alteração, por meio de decreto regulamentar, da base de cálculo de tributo.

- A Fazenda do Estado de São Paulo pode instaurar procedimento administrativo de arbitramento da base de cálculo do imposto, caso não concorde com

o valor declarado ou atribuído ao bem. Ocorre que, no caso dos autos, não se juntou nenhum documento que comprove a prévia existência de procedimento administrativo a indicar a omissão ou incorreção ensejadoras do arbitramento, nos termos do art. 148 do Código tributário nacional.
Não provimento da remessa necessária e da apelação fazendária.

VOTO

RELATÓRIO:

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Wagner Boer, visando ao reconhecimento de que a base de cálculo para o recolhimento de imposto de transmissão *causa mortis* e doação - Itcmd seja a mesma do recolhimento do imposto sobre a propriedade territorial urbana - Iptu.

A r. sentença de origem concedeu a segurança (*e*-págs. 131-7), tendo a Promotoria pública da Comarca manifestado falta de interesse em atuar no feito (*e*-págs. 128-30).

Do decidido, ao par da remessa necessária, apelou a Fazenda pública paulista, buscando ressalvar a possibilidade de instaurar procedimento administrativo para arbitrar outro valor, conforme previsto no art. 11 da Lei estadual 10.705/2000 (de 28-12) e no art. 148 do Código tributário nacional (*e*-págs. 161-7).

Respondeu- se ao recurso (*e*-págs. 175-80).

É o relatório do necessário.

VOTO:

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado por Wagner Boer visando a que a base de cálculo de exigido Imposto de transmissão *causa mortis* e doação - Itcmd em relação ao imóvel descrito na inicial seja o valor venal lançado para fins de Imposto predial territorial e urbano - Iptu.

2. A Lei paulista n. 10.705/2000 (de 28-12), regulamentada pelo Decreto estadual n. 46.655/2002, que instituiu o Itcmd, dispôs em seus arts. 9º, 10, 11 e 13:

« Art. 9º - A base de cálculo do imposto é o valor venal do bem ou direito transmitido, expresso em moeda nacional ou em UFESPs (Unidades Fiscais do Estado de São Paulo).
§ 1º - Para os fins de que trata esta lei, considera- se valor venal o valor de mercado do bem ou direito na data da abertura da sucessão ou da realização do ato ou contrato de doação.
§ 2º - Nos casos a seguir, a base de cálculo é equivalente a:
1. 1/3 (um terço) do valor do bem, na transmissão não onerosa do domínio útil;
2. 2/3 (dois terços) do valor do bem, na transmissão não onerosa do domínio direto;

Acesso ao Sumário

3. 1/3 (um terço) do valor do bem, na instituição do usufruto, por ato não oneroso;
4. 2/3 (dois terços) do valor do bem, na transmissão não onerosa da nua-propriedade.
§ 3º- Na hipótese de sucessivas doações entre os mesmos doador e donatário, serão consideradas todas as transmissões realizadas a esse título, dentro de cada ano civil, devendo o imposto ser recalculado a cada nova doação, adicionando-se à base de cálculo os valores dos bens anteriormente transmitidos e deduzindo-se os valores dos impostos já recolhidos. (Acrescentados os §§ 3º e 4º pelo inciso I do art. 2º da Lei 10.992 de 21-12-2001; DOE 22-12-2001; efeitos a partir de 01-01-2002).
§ 4º - Para a apuração da base de cálculo poderá ser exigida a apresentação de declaração, conforme dispuser o regulamento.»
«Art. 10 - O valor do bem ou direito na transmissão ‹causa mortis› é o atribuído na avaliação judicial e homologado pelo Juiz.
§ 1º - Se não couber ou for prescindível a avaliação, o valor será o declarado pelo inventariante, desde que haja expressa anuência da Fazenda, observadas as disposições do artigo 9º, ou o proposto por esta e aceito pelos herdeiros, seguido, em ambos os casos, da homologação judicial.
§ 2º - Na hipótese de avaliação judicial ou administrativa, será considerado o valor do bem ou direito na data da sua realização.
§ 3º - As disposições deste artigo aplicam-se, no que couber, às demais partilhas ou divisões de bens sujeitas a processo judicial das quais resultem atos tributáveis.»
«Art. 11 - Não concordando a Fazenda com valor declarado ou atribuído a bem ou direito do espólio, instaurar-se-á o respectivo procedimento administrativo de arbitramento da base de cálculo, para fins de lançamento e notificação do contribuinte, que poderá impugná-lo.
§ 1º - Fica assegurado ao interessado o direito de requerer avaliação judicial, incumbindo-lhe, neste caso, o pagamento das despesas.
§ 2º - As disposições deste artigo aplicam-se, no que couber, às demais partilhas ou divisões de bens sujeitas a processo judicial das quais resultem atos tributáveis. »
« Art. 13 - No caso de imóvel, o valor da base de cálculo não será inferior:
I - em se tratando de imóvel urbano ou direito a ele relativo, ao fixado para o lançamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU;
II - em se tratando de imóvel rural ou direito a ele relativo, ao valor total do imóvel declarado pelo contribuinte para efeito de lançamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR. »

Posteriormente editou-se o Decreto estadual n. 55.002/2009, que alterou o parágrafo único do art. 16 do Decreto local n. 46.655/2002, dispondo que:

« Poderá ser adotado, em se tratando de imóvel:
1 - rural, o valor médio da terra-nua e das benfeitorias divulgado pela Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado de São Paulo ou por outro órgão de reconhecida idoneidade, vigente à data da ocorrência do fato gerador, quando for constatado que o valor declarado pelo interessado é incompatível com o de mercado;
2 - urbano, o valor venal de referência do Imposto sobre Transmissão

Acesso ao Sumário

de Bens Imóveis - ITBI divulgado ou utilizado pelo município, vigente à data da ocorrência do fato gerador, nos termos da respectiva legislação, desde que não inferior ao valor referido na alínea <a> do inciso I, sem prejuízo da instauração de procedimento administrativo de arbitramento da base de cálculo, se for o caso.»

Ora, o Decreto estadual 55.002/2009, ao impor novos parâmetros para o cálculo do I tcmd, **superou o diploma normativo objeto da regulamentação**, incidindo em equívoco *ultra* ou mesmo *contra legem*, padecendo, portanto, de **ilegalidade**.

Sobre o tema já decidiu a 11ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, em ven. acórdão proferido pelo Des. AROLDO VIOTTI:

«Essa inoficiosa inovação feriu-se de ilegalidade, uma vez que, consoante se colhe de precedente desta Câmara, da lavra do Des. OSCILD DE LIMA JÚNIOR, ***< ... mesmo que o fato gerador tivesse ocorrido depois da publicação do Decreto 55.002/09, ainda assim a base de cálculo do ITCMD deveria obedecer ao valor venal e não ao valor de referência (valor de mercado). Isso porque, nos termos do art. 97, inciso II, e seu parágrafo 1º, do CTN, nenhum tributo será instituído, nem aumentado, a não ser por meio de lei, com exceção das hipóteses previstas na Constituição Federal>*** (Apelação Cível 0014312-70.2010.8.26.0053).

Decreto não pode inovar no tocante à definição da base de cálculo de tributo, devendo ater-se à lei em sentido formal que se preordena a regulamentar.

A esse propósito, dentre vários outros precedentes da Corte:

> ***<APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO 'CAUSA MORTIS' E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS (ITCMD) – BASE DE CÁLCULO – ADOÇÃO DE CRITÉRIO DIVERSO DAQUELE ESTABELECIDO PELA LEI – MALTRATO AO POSTULADO DA RESERVA LEGAL – SEGURANÇA CONCEDIDA – SENTENÇA MANTIDA. A base de cálculo do ITCMD, nos termos da lei é o valor venal do bem ou direito transmitido na época da abertura da sucessão. RECURSOS OFICIAL E VOLUNTÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DESPROVIDOS.>*** (TJSP, 3ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 0062450-17.2011.8.26.0576, j. 19.02.2013, Rel. Des. AMORIM CANTUÁRIA).

Tanto não bastasse, o ato administrativo impugnado vulnera também o princípio da anterioridade da lei tributária. Ainda que – 'ad argumentandum' – pudesse ser aplicado o regime introduzido pelo citado Decreto estadual 55.002/09, suas disposições não poderiam retroagir. A autora da sucessão faleceu em junho de 2.009, e o mencionado Decreto é de dezembro do mesmo ano. Como assinalou a r. sentença, ***<... o aspecto material da hipótese de incidência é a transmissão 'causa mortis' e esta ocorre com a abertura da sucessão, isto é, na data do óbito, de modo que não se afigura admissível a aplicação retroativa do Decreto 55.002, na medida em que o autor da sucessão faleceu em data anterior à vigência do Decreto >»*** (AC 0047872-03.2010, j. 9-4-2013).

Acesso ao Sumário

3. Dispõe o art. 11 da lei bandeirante 10.705/2000:

« Não concordando a Fazenda com valor declarado ou atribuído a bem ou direito do espólio, instaurar-se-á o respectivo procedimento administrativo de arbitramento da base de cálculo, para fins de lançamento e notificação do contribuinte, que poderá impugná-lo.

§ 1º - Fica assegurado ao interessado o direito de requerer avaliação judicial, incumbindo-lhe, neste caso, o pagamento das despesas.

§ 2º - As disposições deste artigo aplicam-se, no que couber, as demais partilhas ou divisões de bens sujeitas a processo judicial das quais resultem atos tributáveis. »

Ainda, disciplina o art. 148 do Código tributário nacional:

« Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração o valor ou preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvado, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.»

Ora, a Fazenda do Estado de São Paulo pode instaurar procedimento administrativo de arbitramento da base de cálculo do imposto, caso não concorde com o valor declarado ou atribuído ao bem. Ocorre que, no caso dos autos, não se juntou nenhum documento que comprove a prévia existência de procedimento administrativo a indicar a omissão ou incorreção ensejadoras do arbitramento, nos termos do art. 148 do Código tributário nacional.

Destaca-se o seguinte julgado proferido por esta 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça:

«Essa possibilidade estava realmente aberta para o Fisco Estadual, o que é inegável. Ocorre que, ao invés de dela lançar mão, optou por efetuar lançamento que, como se viu, maculou-se de ilegalidade. Não é dado à Fazenda submeter o contribuinte, nesta quadra, e depois de frustrada a primeira pretensão exatória, ao aventado procedimento de arbitramento.

Outrossim, para que se dê início à revisão do lançamento, refutando-se o valor indicado pelo contribuinte, ou o venal, imprescindível que a autoridade instaurasse processo administrativo para comprovar as razões pelas quais concluiu que as declarações do contribuinte são omissas ou não mereçam fé. Tudo, ainda, sob observância dos princípios do contraditório e ampla defesa» (AC 1002188-26.2021 - Des. AROLDO VIOTTI).

No mesmo sentido:

- « Todavia, o que se consignou em tais julgados é que a Fazenda pode, caso discorde do valor declarado pelo contribuinte, arbitrar, após regular processo administrativo, o valor que entende correto.

E, na presente hipótese, não há prova a esse respeito.

Em realidade, não só a apelante não junta qualquer pesquisa de preços ou mesmo de instauração do referido processo administrativo para esse fim, como, nas informações prestadas (fls.61/75), nada há a esse respeito. Pelo contrário, insiste-se tão somente em alegações genéricas no que tange essa prerrogativa da Administração.

Acesso ao Sumário

É dizer, o Fisco se limitou a aduzir ter a prerrogativa de discordar do valor declarado pelo contribuinte. No entanto, não demonstrou, no caso concreto, estar tal valor equivocado, restringindo- se a afirmar não terem os impetrantes provado seu direito líquido e certo, quando, em verdade, juntaram os documentos a embasar o valor declarado, com base naquele apurado para o IPTU» (AC 1007735-47.2021 - Des. TERESA RAMOS MARQUES - TJSP).

- « Ora, para que haja lançamento com base em outro valor, que não o indicado pelo contribuinte, ou o venal, seria necessário que a autoridade instaurasse processo administrativo, demonstrando cabalmente as razões pelas quais entende que as declarações do contribuinte são omissas ou não mereçam fé. E tratando-se de processo administrativo, imperiosa a observância dos princípios do contraditório e ampla defesa.

No entanto, não há qualquer documento nos autos que evidencie que tal medida foi adotada pela autoridade impetrada. E como bem anotou a r. sentença, não é o caso de instauração do procedimento, após ajuizada a presente demanda e concedida a liminar.» (AC 1020017-46.2021 - Rel. Des. OSCILD DE LIMA JÚNIOR, j. 11-1-2022)

- «E com relação à insurgência recursal da Fazenda, importa destacar que, embora seja possível, em tese, a utilização da técnica de arbitramento da base de cálculo do imposto, esse procedimento somente pode ser utilizado pela autoridade lançadora, mediante processo regular e sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo, em conformidade com o que determina o art. 148, do Código Tributário Nacional, que serviu de fundamento para o art. 11, da Lei Estadual nº 10.705/00.

No caso, o impetrante declarou, para fins de recolhimento do ITCMD, o valor venal do imóvel utilizado pela Administração Municipal para fins de apuração do IPTU base de cálculo essa expressamente prevista na lei do ITCMD (art. 13, I e II, da Lei nº 10.705/00) como valor mínimo de referência do imposto; e, como dito anteriormente, não há lei, com parâmetros objetivamente considerados, que haja criado base superior a esse valor, não havendo, portanto, motivos sólidos a ensejar o arbitramento do imposto na situação concreta, visto ser merecedora de fé a declaração do impetrante feita de acordo com o único critério previsto em lei.» (AC 1040318-14.2021 - Rel. Des. BANDEIRA LINS, j. 17-12-2021)

Assim, razão assiste ao impetrante, de sorte que a base de cálculo do Itcmd deve ser a mesma do Iptu lançado no mesmo exercício, considerado como valor venal o valor de mercado do imóvel na data da abertura da sucessão ou de sua doação, salvo o caso – aqui não emergente – de aplicação do disposto no § 2º do art. 10 da Lei n. 10.705/2000.

4. Observa-se, por fim, em ordem ao prequestionamento indispensável ao recurso especial e ao recurso extraordinário, que todos os preceitos referidos nos autos se encontram, *quodammodo*, albergados nas questões decididas.

POSTO ISSO, pelo meu voto, nega-se provimento à remessa necessária e à apelação fazendária, mantendo a r. sentença prolatada nos autos de origem 1019668-18.2023 da digna 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Pau-

Acesso ao Sumário

lo.

Eventual inconformismo em relação ao decidido será objeto de julgamento virtual, cabendo às partes, no caso de objeção quanto a esta modalidade de julgamento, manifestar sua discordância por petição autônoma oportuna.

É como voto.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0015001-71.2023.8.26.0502, da Comarca de Campinas, em que é agravante ANDERSON LUIZ SANTOS ANTONIO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.782)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVANA DAVID (Presidente) e FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 26 de junho de 2024.

MENS DE MELLO, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - indeferimento de pedido de saída temporária por não cumprimento do requisito temporal - ilegalidade - inocorrência - exigência do cumprimento de 1/6 da pena, em caso de sentenciado primário - regra do artigo 123, II, da LEP - decisão em consonância com entendimento jurisprudencial - Precedentes do STJ - agravo improvido.

VOTO

Da decisão[1] que indeferiu o pedido de saída temporária por não cumprimento do requisito temporal, o agravante Anderson recorreu[2] pleiteando a concessão da benesse independente do cumprimento de 1/6 de sua reprimenda porque já iniciou no regime semiaberto e, para tanto, sustenta que a exigência do requisito temporal equivaleria a proibir a saída temporária, uma vez que cumprido o período exigido, já fará jus ao benefício aberto, motivo pelo qual o artigo 123, inciso II, da Lei de Execução Penal, não se aplicaria aos executados que iniciam o cumprimento de pena em regime intermediário.

1 Folhas 43.
2 Folhas 01.

Apresentadas as contrarrazões[3]. Mantida a decisão agravada[4].

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou[5] pelo não provimento ao recurso.

É o relatório.

O agravante foi condenado[6] à pena de 07 anos e 02 meses, em regime inicial semiaberto, por incurso no artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas e no artigo 16, § 1º, IV, da Lei nº 10.826/03, em concurso material de crimes.

As autorizações de saída temporárias para visita à família, concedidas aos sentenciados que cumprem pena privativa de liberdade nas Unidades Prisionais, são regulamentadas pela Portaria Conjunta nº 02/2019, nos termos dos artigos 122 a 125 da LEP e artigo 7º, II, d, da Resolução TJSP nº 616/2013.

A Direção do CIMIC do Centro de Progressão Penitenciária de Franco da Rocha manifestou-se desfavoravelmente à saída temporária pretendida porque não preenchido o requisito temporal para o gozo do benefício (folhas 52).

Com efeito, conforme o cálculo de penas de folhas 50/51, o agravante cumprirá o requisito temporal para a saída temporária, nos termos do artigo 123, II, da Lei de Execução Penal, somente no dia 08 de outubro de 2024, não importando se foi condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semiaberto, uma vez que a regra não excepcionou o cumprimento do requisito objetivo àqueles que iniciam o cumprimento de pena já no regime intermediário.

Nesse sentido também é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TRABALHO EXTERNO. AUSÊNCIA DO CUMPRIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. INÍCIO DO CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME SEMIABERTO. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTES DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *1. Embora o recorrente tenha iniciado o cumprimento da pena no regime semiaberto, as instâncias ordinárias negaram o benefício por falta do requisito objetivo. Tal posicionamento está em consonância com a jurisprudência desta Corte, a qual exige o cumprimento de 1/6, inclusive, para apenados que iniciaram a pena no regime semiaberto.*
>
> *2. Agravo regimental desprovido.*
>
> *(AgRg no HC n. 853.617/MG, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 30/10/2023, DJe de 8/11/2023.)*
>
> *PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. SAÍDA TEMPORÁRIA. ALEGAÇÃO DE QUE*

Acesso ao Sumário

3 Folhas 55.
4 Folhas 58.
5 Folhas 71.
6 Folhas 50.

SERIA DISPENSÁVEL O CUMPRIMENTO MÍNIMO DE 1/6 DA PENA PARA A AUTORIZAÇÃO DE SAÍDA TEMPORÁRIA. INOCORRÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 123, INCISO II, DA LEP. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A concessão da saída temporária para o trabalho externo do preso em cumprimento de pena definitiva em regime inicialmente semiaberto depende do cumprimento de requisitos objetivos e subjetivos a serem avaliados pelo Juízo das Execuções no curso do cumprimento da pena.

2. O entendimento desta Corte Superior é no sentido de que, à luz do disposto no art. 123, inciso II, da Lei de Execução Penal, o condenado deve atender ao requisito do prazo mínimo de cumprimento da pena, mesmo nos casos de condenados em regime inicial semiaberto.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 761.151/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/3/2023, DJe de 17/3/2023.)

Portanto, não cumprido o referido lapso temporal, não há que se falar que há ilegalidade no indeferimento do pedido de saída temporária.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0000771-08.2024.8.26.0496, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante CARLOS ALBERTO CUSTÓDIO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao agravo em execução penal, mantendo, integralmente, a respeitável sentença de primeiro grau. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.759)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO (Presidente) e LUIZ ANTONIO CARDOSO.

São Paulo, 2 de julho de 2024.

TOLOZA NETO, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. RECURSO DEFENSIVO. Pleito por concessão do benefício independentemente de prévia passagem pelo regime semiaberto. Descabimento. Impossibilidade de progressão por sal-

Acesso ao Sumário

tos. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo em execução penal interposto por **Carlos Alberto Custódio** contra decisão prolatada pelo MM. Juiz José Roberto Bernardi Liberal, que indeferiu pedido de concessão do livramento condicional.

Em sua minuta, o agravante Carlos Alberto, salientando a inidoneidade da fundamentação que sustenta a decisão, afirma ser desnecessária a passagem prévia pelo regime intermediário para que seja beneficiado com o livramento condicional. Assim, aduzindo ter preenchido todos os requisitos legais, objetivo e subjetivo, pugna pela concessão do referido benefício.

Em contraminuta, a Promotora de Justiça requer o desprovimento do agravo.

Pelo despacho de fls. 44, foi mantida a decisão agravada, por seus próprios fundamentos.

O Procurador de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório.

Passo a fundamentar meu voto.

O agravante Carlos Alberto cumpre a pena total de 11 (onze) anos, 11 (onze) meses e 14 (catorze) dias de reclusão, por ter sido condenado pela prática do crime de roubo majorado.

Formulado pedido de concessão do livramento condicional, a r. sentença de primeiro grau negou-o, sob o fundamento de que, verificada a circunstância de que cumpre pena no regime fechado, no qual foi mantido após pedido por progressão ao semiaberto com parecer desfavorável de exame criminológico a ele atinente, depreende-se necessário, como forma de comprovar senso de responsabilidade e maturidade, que experimente o regime intermediário antes que seja eventualmente colocado em liberdade, ainda que condicional.

De fato, justa a r. decisão de primeiro grau, pois o benefício não deve ser deferido.

Com efeito, nos termos do art. 112, *caput*, da Lei de Execução Penal, após a vigência da Lei nº 13.964/19, *"A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: (...)"*.

No mesmo sentido, dispõe o art. 33, § 2º, do Código Penal, ao determinar

Acesso ao Sumário

que o cumprimento da pena privativa de liberdade deve ocorrer de forma progressiva.

Na hipótese em que fossem ignorados tais dispositivos legais, estar-se-ia violando o próprio objetivo do instituto da progressão de regime, que consiste na reabilitação gradual do reeducando, de modo a permitir sua reinserção ao convívio social.

Ressalte-se que o item 120 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal prevê que *"se o condenado estiver no regime fechado não poderá ser transferido diretamente para o regime aberto. Esta progressão depende do cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime semiaberto, além da demonstração do mérito, compreendido tal vocábulo como aptidão, capacidade e merecimento, demonstrados no curso da execução".*

Considerando, portanto, que o livramento condicional se assemelha ao regime aberto, pela forma e condições em que é cumprido, não é recomendável seja o agravante beneficiado com tal instituto diretamente do regime fechado, sem que passe pelo regime intermediário, ou pouco tempo após o início do cumprimento da sanção corporal neste regime.

"RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO 'PER SALTUM' (DO FECHADO PARA O ABERTO). IMPOSSIBILIDADE. ART. 112 DA LEP. De acordo com o sistema progressivo de execução das penas privativas de liberdade (art. 112, da LEP), o condenado que se encontra em regime fechado deverá galgar o regime imediatamente menos severo (semiaberto), para só então alcançar o regime aberto. A progressão prisional 'per saltum' carece de amparo jurídico no nosso sistema jurídico-penal" (REsp 223162/SP Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca DJ em 21.06.2001).

Desta forma, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo em execução penal, mantendo, integralmente, a respeitável sentença de primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0025347-79.2023.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é agravante C. C. B., é agravado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 57.557)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), GRASSI NETO e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 8 de agosto de 2024.

SÉRGIO COELHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo em execução. Decisão que deixou de reconhecer a prescrição ou a abolitio criminis, em face do cumprimento da pena corporal.
Abolitio criminis. Não conhecimento. Princípio da legalidade. Somente lei pode criar novos delitos ou revogar crimes em vigor. Súmula vinculante que, por razões óbvias, assim não pode ser considerada. Ausente interesse recursal, na modalidade adequação, a tornar a via processual eleita inadequada para resolução da questão.
Prescrição da pretensão punitiva ou executória não verificada. Questão já analisada no v. acórdão proferido no Agravo em Execução Penal nº 0011317-73.2022.8.26.0050. Esta Corte não tem competência para rever suas próprias decisões. Competência do C. Superior Tribunal de Justiça.
Recurso não conhecido.

VOTO

Trata-se de agravo em execução interposto pela sentenciada C. C. B., pelo que foi possível inferir, contra r. decisão copiada a fls. 20, que rejeitou os embargos de declaração opostos após publicação de despacho que tornou a guia definitiva, em decorrência da comunicação de v. Acórdão da lavra do c. STJ (respectivamente, fls. 375 e 288/33 do PEC nº 0006959-70.2019.8.26.0050) e que deixou de reconhecer a prescrição ou a *abolitio criminis*, em face do cumprimento da pena corporal.

Em síntese, sustenta a agravante que deve ser declarada a extinção da punibilidade, inclusive de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública. Afirma, mais, que *"a partir da edição da súmula 47 do STF, a possibilidade jurídica de criminalizar a conduta de advogado que se apropria das próprias verbas de sucumbência"*, reputando-se estar caracterizada causa extinta de *abolitio criminis* posterior à prolação da sentença condenatória. Menciona, ainda, que ocorreu a prescrição, *"em razão das sumulas 146 e 150 do STF"*. Pugna, nesses termos, pela cassação da decisão recorrida, que teria deixado *"de aplicar a causa extintiva do abolitio criminis, decorrente da edição da súmula 47 do STF, editada posteriormente a prolação da sentença proferida em agosto de 2015 na ação penal nº 0033884-50.2012.8.26.0050, declarando extinta a pretensão executória também pela aplicação das súmulas 146 e 150 do STF, uma vez que o recurso contra a sentença da ação penal nº 0033884-50.2012.8.26.0050, objeto da presente execução provisória, ainda aguarda julgamento de Recurso manejado EXCLUSIVAMENTE pela defesa, sob o nº AREsp 1490908 (2019/0112993-1)*

Acesso ao Sumário

no STJ, operando prescrição da pretensão punitiva desde agosto de 2017".

Regularmente processado, em contrarrazões, o Ministério Público opinou pelo não conhecimento em relação à alegação de *abolitio criminis* e pelo improvimento quanto à prescrição (fls. 12/15). A decisão recorrida foi mantida (fl. 21).

Nesta instância, foi comunicada a oposição ao julgamento virtual e informada a necessidade de sustentar oralmente (fls. 30/31). A douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer pelo não conhecimento, quanto à alegação de *abolitio criminis* e julgado prejudicado relativamente ao pedido de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva (fls. 34/38).

É o relatório, em síntese.

Não conheço da pretensão defensiva de ver reconhecida a *abolitio criminis*.

É o que demonstra o minucioso parecer da lavra do douto Procurador de Justiça oficiante, que fica adotado e vai a seguir transcrito, no essencial:

*"O recurso **não deverá ser conhecido** quanto ao pedido de reconhecimento da abolitio criminis e deverá ser **julgado prejudicado** em relação ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva por perda superveniente do objeto.*

Inicialmente, para evitar eventuais tumultos, oportuno destacar que a agravante foi denunciada como incursa no artigo 168, § 1º, inciso III, do Código Penal, na ação penal nº 0033884-50.2012.8.26.0050, porque se apropriou indevidamente do valor de R$ 8.185,01 (oito mil, cento e oitenta e cinco reais e um centavo) referente a indenização obtida através de ação interposta por Elisio Ferreira Filho em face da Fazenda Estadual de São Paulo, a agravante atuando como advogada do credor, posteriormente substituído por seus herdeiros - esposa e filhos.

Após regular instrução processual, foi determinada a apresentação de memoriais escritos. Para tanto, a Defesa fez carga dos autos em 14/07/2014, não mais os devolvendo, mesmo após a expedição de dois mandados de busca e apreensão, restando aqueles autos extraviados (cf. págs. 794/799 - Autos nº 0033884-50.2012.8.26.0050).

Foi, então, ajuizada ação de restauração de autos em face da agravante, sendo prolatada sentença de restauração dos autos em 29/04/2015, prosseguindo a ação penal sob o número 0106840- 93.2014.8.26.0050 (cf. págs. 277/279 - Autos nº 0106840-93.2014.8.26.0050).

Julgada procedente a ação penal, a agravante foi condenada à pena de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, com regime inicial aberto, e 14 (quatorze) dias-multa no valor de 1/2 salário-mínimo cada dia-multa. A pena corporal foi substituída por duas penas restritivas de direitos consistentes na prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da pena privativa de liberdade, e por uma pena pecuniária de 10 (dez) dias-multa, no valor de 1/2 salá-

Acesso ao Sumário

rio-mínimo cada dia multa, a ser somada à pena pecuniária (cf. págs. 511/523 - Autos nº 0106840- 93.2014.8.26.0050).

Em continuidade, houve conversão das penas restritivas de direitos em pena privativa de liberdade, nos termos da r. sentença de págs. 143/145, do PEC nº 0006959-70.2019.8.26.0050 abaixo transcritos:

"A apenada não foi intimada pessoalmente, constando que se ocultou para não ser intimada (fls. 111), de modo que foi determinada sua intimação por edital e, não tendo os advogados constituídos na fase de conhecimento juntado aos autos procuração, foi concedido prazo para que a Defensoria Pública entrasse em contato com a sentenciada (fls.134/135), todavia não foram apresentadas justificativas ao descumprimento, tampouco houve o adimplemento das obrigações (fls. 142).

Ante todo o exposto, evidente que a sentenciada não cumprirá as penas que lhe foram impostas, não tendo apresentado justificativa para tal atitude. Assim, reconheço a falta grave, nos termos do art. 51, I, da Lei de Execução Penal. Ademais, nos termos do art. 44, parágrafo 4º, do Código Penal e art. 181, parágrafo 1º, "a", da Lei de Execução Penal, converto a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, a ser cumprida em regime aberto, mediante cumprimento das seguintes condições ao longo do período de cumprimento da pena neste regime:

a) apresentar-se, trimestralmente, no setor de fiscalização de liberados, para fiscalização do cumprimento de sua pena;

b) apresentar comprovante de ocupação lícita, até três meses de compromisso;

c) recolher-se a sua residência das 22:00 horas às 06:00 horas, salvo autorização expressa do Juízo competente para execução de sua pena;

d) não alterar o seu endereço sem expressa autorização do Juízo competente para execução de sua pena;

e) não frequentar locais onde haja venda de bebidas alcoólicas;

f) não portar arma de qualquer espécie, tampouco objetos capazes de ofender a integridade física humana e

g) não se ausentar da cidade em que reside, sem autorização judicial." *(destaques no original).*

Posteriormente, em 20/04/2022, foi declarada extinta a punibilidade da agravante pelo cumprimento integral da pena (cf. págs. 267/269 - PEC nº 0006959-70.2019.8.26.0050).

Abolitio criminis

Sustenta a agravante ter ocorrido a abolitio criminis em decorrência da edição da súmula Vinculante nº 47, do STF1, uma vez que, a partir da edição da eludida súmula vinculante, os honorários sucumbenciais pertencem ao advogado, de modo que a agravante faria jus aos valores por ela retidos por se tratar

Acesso ao Sumário

das próprias verbas de sucumbência.

No entanto, razão não lhe assiste, não devendo o recurso ser conhecido quanto a esse quesito.

Chama-se abolitio criminis a causa extintiva da punibilidade relativa à promulgação de lei penal nova que descriminaliza determinada conduta antes tipificada como crime.

No caso dos autos, a agravante sustenta seu pleito na edição de uma súmula vinculante que, ao conferir natureza alimentar às verbas sucumbenciais devidas ao advogado, impediria a caracterização da retenção desses valores como o crime de apropriação indébita.

Ocorre, contudo, que, em atenção ao princípio da legalidade, somente lei pode criar um tipo penal e, consequentemente, sua descriminalização também só decorrerá da edição de lei posterior assim o determine.

À toda evidência não é o que ocorre no caso vertente, pois a Súmula Vinculante nº 47, do STF não veiculou nenhuma norma descriminalizadora e nem poderia.

Portanto, forçoso admitir que a agravante carece de interesse recursal, vez que ausentes a necessidade, adequação e utilidade do presente recurso quanto ao reconhecimento da suposta abolitio criminis que, em verdade, não ocorreu.

Ademais, ainda que se entendesse ser possível aplicar o instituto da abolitio criminis em decorrência da edição de súmula vinculante - o que se admite apenas para fins de argumentação - esta evidenciado que os fatos imputados à agravante, na ação penal, amoldam-se claramente ao crime do artigo 168, § 1º, inciso III, do Código Penal, vez que a agravante se apropriou indevidamente do valor integral da indenização obtida através de ação interposta por Elisio Ferreira Filho, junto à Fazenda Estadual de São Paulo.

Obtempere-se que a referida súmula vinculante diz respeito a honorários sucumbenciais devidos ao advogado que atuou em uma causa e, no caso em testilha, restou devidamente demonstrado que a agravante se apropriou indevidamente do ***valor integral da condenação*** *e não dos honorários sucumbenciais, inclusive, levando os herdeiros do autor da ação a ingressarem com ação de cobrança perante o Juizado Especial Cível a fim de obter o valor que lhes era devido.*

Assim, não deve ser conhecido o presente recurso em relação à alegação de ocorrência de abolitio criminis." (fls. 34/37 - grifos do original).

É sabido, mas não custa relembrar, que *"É possível ao Magistrado fundamentar a decisão que nega o benefício da liberdade provisória adotando a cota ministerial, desde que esta se apresente devidamente fundamentada, tal qual o presente caso"*. (STJ. Habeas Corpus nº. 11.470/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 06/12/2001).

Acesso ao Sumário

Desta feita, não se conhece da pretensão de ver reconhecida a *abolitio criminis*, com fundamento na edição da Súmula Vinculante nº 47 do c. STF, eis que o instituto em questão ocorre somente *"quando uma lei posterior deixa de considerar crime determinado fato"* (Nucci, Guilherme de Souza, *in* Manual de Direito Penal, 14ª Ed, Rio de Janeiro: Forense, p. 54). Em direito penal incide o princípio da legalidade, ou seja, somente lei pode criar novos delitos ou revogar crimes em vigor; súmula, ainda que vinculante, assim não pode atuar, porque lei não é.

Ausente, portanto, interesse recursal, na modalidade adequação, haja vista que o almejado pronunciamento judicial não encontra previsão no Direito, o que torna a via processual eleita inadequada para resolução da questão levantada pela Defesa.

No mais, quanto à aventada ocorrência da prescrição, melhor sorte não assiste à recorrente.

Com efeito, por oportuno, relembro que a execução é definitiva e, não, provisória, sendo certo que a questão da ocorrência do trânsito em julgado foi pacificada pelo c. STJ, que considerou protelatórios os inúmeros embargos de declaração interpostos pela defesa da recorrente e determinou fosse iniciada a execução da condenação imposta e anotado o trânsito em julgado da condenação. Confira-se:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. REDISCUSSÃO DO ENTENDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ACLARATÓRIOS REJEITADOS. RECURSO PROTELATÓRIO. DETERMINAÇÃO DE CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO E BAIXA DOS AUTOS PARA O INÍCIO DA EXECUÇÃO DA PENA.

1. A ausência, no acórdão, de quaisquer dos vícios elencados no art. 619 do Código de Processo Penal, torna inviável o acolhimento dos embargos declaratórios opostos.

2. Na espécie, inexistem os vícios apontados pela defesa, não sendo possível, em embargos de declaração, rediscutir o entendimento adotado, sequer para fins de prequestionamento.

3. Ainda que na esfera penal não seja comum a fixação de multa por litigância de má-fé, não é demais gizar que a insistência da embargante diante das sucessivas oposições de embargos de declaração contra acórdão proferido pela Quinta Turma desta Corte, revela não só o exagerado inconformismo, bem como o desrespeito ao Poder Judiciário e o seu nítido caráter protelatório, no intuito de impedir o trânsito em julgado da sentença condenatória, constituindo abuso de direito, em razão da violação dos deveres de lealdade processual

Acesso ao Sumário

e comportamento ético no processo, bem como do desvirtuamento do próprio postulado da ampla defesa.

*4. **Nos termos da jurisprudência remansosa deste Sodalício, diante da reiterada oposição de aclaratórios meramente protelatórios pela parte, em abuso do seu direito de defesa, é de se determinar a baixa dos autos para o início da execução da sanção, independente da publicação do acórdão**.*

*5. **Embargos de declaração rejeitados, com determinação de baixa dos autos para o início da execução da sanção imposta à embargante, independente da publicação do acórdão, devendo-se proceder à certificação do trânsito em julgado**." (EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg nos EDcl no Agravo em Recurso Especial nº 1.191.360 - SP, Relator Ministro Jorge Mussi, j. 06/11/2018 - g.n.).*

Outrossim, registra-se que a recorrente mais uma vez insiste deva ser reconhecida a prescrição, sem, no entanto, juntar aos autos as cópias que entende pertinentes, além do que sequer aponta os lapsos prescricionais que entende aplicáveis.

De qualquer forma, a ocorrência da prescrição foi afastada por esta c. 9ª Câmara, por ocasião do julgamento do Agravo de Execução Penal nº 0011317-73.2022.8.26.0050 (meu voto 52907, j. 31/08/2022, v.u.), a saber:

"... tendo em conta a pena corporal aplicada em concreto (1 ano e 6 meses), o prazo prescricional correspondente é de 04 (quatro) anos, conforme dispõe o artigo 109, inciso V, do Código Penal. Ocorre que, de acordo com a guia de recolhimento e cálculo de penas de fls. 240/242 e certidão de objeto e pé de fls. 255 do PEC nº 0006959-70.2029.8.26.0050, tal prazo prescricional não decorreu entre a data do recebimento da denúncia/aditamento (respectivamente, 13/08/2013 e 27/09/2013) e a data da publicação da sentença condenatória (28/07/2015), nem entre esse último marco interruptivo e a data da publicação do v. Acórdão confirmatório (25/08/2016), bem como entre o trânsito em julgado para as partes (23/04/2019) e a data do início da execução da pena, mediante o cumprimento do mandado de prisão (03/09/2019 - fls. 193 dos autos de origem). Inviabilizado, assim, o almejado reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, seja ela retroativa ou intercorrente ou, ainda, a prescrição da pretensão executória."

Sendo assim, neste capítulo, falece competência a este E. Tribunal para rever determinação exarada em acórdão por ele próprio proferido (AE 0011317-73.2022.8.26.0050). Mais uma razão, portanto, para que não se conheça do recurso interposto pela sentenciada.

À luz do exposto, não conheço do recurso.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500628-45.2018.8.26.0272, da Comarca de Itapira, em que é apelante A. N. D., 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: "Negaram provimento ao recurso. V. U. Sustentou oralmente o advogado, dr. Pedro Pessotto Neto, e usou da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça, dr. Maurício Antônio Ribeiro Lopes.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.612)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO SOLIMENE (Presidente sem voto), LAERTE MARRONE e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 1º de julho de 2024

LUIZ FERNANDO VAGGIONE, Relator

Ementa: Apelação. Violação sexual mediante fraude. Materialidade e autoria comprovadas. Conjunto probatório suficiente. Palavra da vítima corroborada pelos depoimentos das testemunhas em juízo. Em crimes de natureza sexual, comumente praticados na clandestinidade, as declarações da vítima possuem especial relevância, sobretudo quando associadas a outros elementos nos autos. Réu que, mediante fraude, durante consulta médica, encostou e esfregou o pênis no corpo da vítima, visando satisfazer sua lascívia. Condenação mantida. Dosimetria. Pena bem dosada. Basilar mantida acima do mínimo legal. Condição de fragilidade da vítima, que necessitava da atenção de cardiologista, a justificar o acréscimo da sanção. Inexistência de *bis in idem* com a agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea g, ambos do Código Penal (violação de dever inerente à profissão), reconhecida na segunda fase dosimétrica. Regime semiaberto mantido. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Inadequação do benefício. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença de fls. 262/269, que passa a integrar a presente decisão, acrescenta-se que **A. N. D.** foi condenado à pena de 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, porque incurso no artigo 215, *caput*, c.c. artigo 61, inciso II, alínea *g*, ambos do Código Penal, sendo-lhe deferido o direito de recorrer em liberdade.

Inconformado, o acusado apelou requerendo a absolvição por insuficiência de provas e, subsidiariamente, a desclassificação da conduta para a contravenção penal do artigo 65 do Decreto-Lei 3.688/1964, a redução da pena-base ao mínimo legal, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 290/303).

Contra-arrazoado o apelo (fls. 311/313) e oferecido o r. parecer pela douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 323/333), manifestou-se o Ministério Público, em ambas as instâncias, pelo improvimento do recurso defensivo.

A defesa do réu manifestou oposição ao julgamento virtual e o interesse na realização de sustentação oral (fl. 288).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Não tendo sido aventadas quaisquer preliminares, passa-se à análise do mérito.

Segundo a denúncia (fls. 01/04):

> "Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 24 de maio de 2017, em hora incerta, nas dependências do CAIS (Centro de Atendimento Integral à Saúde) localizado na Rua Farmacêutico Antônio Serra, nº 123, Bairro Penha do Rio do Peixe, nesta cidade e Comarca, **A. N. D.**[1], qualificado às fls. 61, praticou ato libidinoso, com a vítima *A. G. V.*[2], pessoa idosa, mediante fraude ou outro meio que impediu e dificultou a livre manifestação de vontade da vítima.
>
> Consta, ainda, que, no dia 06 de setembro de 2018, às 7h10, nas dependências do CAIS (Centro de Atendimento Integral à Saúde) localizado na Rua Farmacêutico Antônio Serra, nº 123, Bairro Penha do Rio do Peixe, nesta cidade e Comarca, **A. N. D.**[3], qualificado às fls. 61, praticou outro ato libidinoso, com a vítima *M. F. M. R.*[4], mediante fraude ou outro meio que impediu e dificultou a livre manifestação de vontade da vítima.
>
> De acordo com o que foi apurado, o indiciado, médico cardiologista da rede pública de saúde do Município de Itapira, agindo mediante fraude

1 Processo em segredo de justiça.
2 Processo em segredo de justiça.
3 Processo em segredo de justiça.
4 Processo em segredo de justiça.

Acesso ao Sumário

ou meio que dificultou a livre expressão da vontade das vítimas, aproveitando-se da sua condição de médico e da relação médico-paciente, no ambiente de consulta médica, ludibriou as vítimas, suas pacientes, durante exame clínico, praticando atos libidinosos, a fim de satisfazer a sua lascívia.

Assim, nas condições acima descritas, durante uma consulta médica de atendimento à paciente *A. G. V.*[5], enquanto a paciente estava deitada de bruços na maca, com os braços esticados para trás, se aproximou e começou a esfregar o pênis no corpo da vítima, tendo uma ereção. Em seguida, o indiciado pegou a mão da vítima e colocou dentro de sua calça, dizendo: "Estou quase gozando". A vítima demonstrou nervosismo, momento em que o indiciado encerrou a consulta.

Além disso, nas condições acima descritas, o indiciado, durante uma consulta médica de atendimento à *M. F. M. R.*[6], enquanto a paciente se preparava para deitar na maca, aproximou-se da paciente pelas costas e encostou o seu corpo, esfregando a sua genitália nas nádegas da paciente. Em seguida, depois que a paciente se deitou na maca, o indiciado continuou com o corpo muito próximo da paciente, enquanto a olhava com lascívia, até que encerrou a consulta.

Após os fatos, as vítimas procuraram as autoridades de saúde do Município e formalizaram reclamação, dando origem a procedimento administrativo disciplinar, além de terem comparecido à Promotoria de Justiça, onde foram ouvidas, oportunidade em que se oficiou à Delegacia de Polícia para instauração do presente inquérito policial."

Observo que as condutas imputadas ocorreram antes da alteração do artigo 225 do Código Penal pela Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, de modo que, nos termos da redação anterior, somente se procediam "*mediante ação penal pública condicionada à representação.*"

Consequentemente, a fls. 138/39, foi julgada extinta a punibilidade do acusado em relação ao crime que teria sido praticado contra a vítima *A. G. V.*, com fundamento no artigo 107, inciso IV, do Código Penal, já que não houve representação dentro do prazo decadencial. Em relação à ofendida *M. F. M. R.*, reconheceu-se, corretamente, que havia condição de procedibilidade diante da representação da ofendida, que, dentro do prazo decadencial, demonstrou a intenção de ver processado o acusado (fls. 08/09 e 56/58).

A materialidade do crime descrito na denúncia, praticado em face da vítima *M. F. M. R.*, foi demonstrada pela portaria (fl. 05), prontuário médico (fls. 14/18), receita médica (fl. 19), autos de reconhecimento fotográfico (fls. 26/29) e pela prova oral produzida.

A autoria também é inconteste.

Acesso ao Sumário

5 Processo em segredo de justiça.

6 Processo em segredo de justiça.

A prova foi assim considerada na r. sentença:

"*A vítima M. F. M. R. disse que passou em consulta com o réu. Ao entrar na sala, achou estranho, porque a mesa do médico estava encostada na parede e ele estava sentado com as pernas abertas, despojado e vestindo calça de moletom. Achou estranha a postura do médico. Então, ele perguntou o que estava sentindo e, em seguida, conduziu-a com as mãos até a maca, pedindo para se deitar de bruços. Também achou estranho que um cardiologista a examinasse nas costas. Ele ficou com o braço apoiado perto das suas nádegas, como se estivesse ouvindo o seu peito. Mas ele não estava, pois ficou olhando o seu corpo. Em seguida, ele começou a passar o pênis nas suas mãos e roçar no seu corpo. Achou muito estranho. Saiu da maca em estado de choque e sentou-se na frente do réu. Ele continuou despojado, com as pernas abertas, sem conduta médica e começou a falar que precisaria de um exame, fazer cateterismo, porque estava com problema de saúde. Disse que o olhar dele a incomodava. Em determinado momento, informou ao médico que era casada, para deixar bem claro. A consulta durou cerca de vinte minutos. Quando percebeu que o réu estava esfregando o pênis nas suas mãos, tentou tirar, mas não tinha posição, pois estava deitada de bruços, com as mãos para trás. Saiu de lá horrorizada. Ao chegar em casa, consternada, contou para o seu marido e suas filhas. Seu marido se revoltou muito. Tinha um retorno com o réu e pensou que, talvez, pudesse ter se enganado quanto ao comportamento dele. Como estava preocupada com a sua saúde, resolveu ir ao retorno. Entretanto, quando chegou ao consultório e o viu, não conseguiu entrar na consulta e começou a chorar na sala de espera. Chamou a C. e disse que não mais queria passar com o réu, relatando a ela o que havia ocorrido. Ao final, C. lhe disse: "você também?". C. confirmou que sabia o que acontecia nas consultas e não sabia o que fazer, pois não tinha a quem pedir ajuda. C. lhe disse que ele abusava de pessoas mais velhas, inclusive de mulheres idosas. Disse que tomou conhecimento de que uma das vítimas já tinha feito uma reclamação formal junto às autoridades de saúde do município, e nada foi feito. Declarou que não precisava ter passado por isso se tivessem tomado providências. Depois da conversa com C., decidiu relatar os fatos na Promotoria de Justiça. Depois, ainda descobriu que sua saúde estava muito bem e que o médico havia inventado que precisaria fazer exames e passar por cirurgia de cateterismo. Acredita que essa era uma forma de o réu amarrar as vítimas emocionalmente, já que elas precisariam voltar ao consultório. Depois da denúncia, foi chamada a declarar os fatos em um procedimento administrativo na Prefeitura. Disse que três funcionários da Prefeitura, entre eles o procurador jurídico L., foram até a porta da sua casa para intimá-la. Na ocasião, sentiu-se intimidada com a postura dos funcionários. Depois que tudo isso aconteceu, tomou conhecimento de outras pacientes que sofreram o mesmo abuso. Relatou ter ouvido de uma enfermeira que o réu era conhecido como "Dr. Mãozinha",*

Acesso ao Sumário

porque ele apalpava, pegava e trancava as mulheres dentro do consultório. Disse que também conheceu a Sra. A., que foi vítima do réu um ano antes. Acrescentou que o olhar do médico era de lascívia, como se a despisse e a "comesse" com os olhos. Disse que se revoltou muito porque imaginava quantas mulheres poderiam ter escapado desse monstro se tivessem sido tomadas as devidas providências. Sabe o nome de várias vítimas que não tiveram coragem de depor."

"A testemunha A. G. V. disse que passou várias vezes em consulta com o réu. Afirmou que as consultas eram normais, mas, da última vez, ele pediu para se deitar de bruços na maca com as mãos para trás. Em seguida, ele se aproximou e encostou-lhe o pênis duro. Depois, ele lhe pediu para sentar-se na maca, pegou a sua mão e colocou por dentro da calça dele. Ao perceber que ficou agitada, o réu puxou a mão e parou. Depois, ele assinou o papel da liberação da cirurgia que iria fazer. Quando saiu da sala do médico, foi direto conversar com a enfermeira chefe C., e relatou o que havia ocorrido. Então, ela lhe disse que outras pessoas já tinham sido vítimas do réu e lhe passou o telefone da vítima M., com a qual foi denunciá-lo na Promotoria de Justiça e na Delegacia de Polícia. Declarou ter sessenta e sete anos. Esclareceu que o réu colocou a sua mão dentro da calça dele, na parte da genitália. Confirmou que o réu ainda lhe disse: "Estou quase gozando". Tomou conhecimento de que outras mulheres foram vítimas do réu. Depois desses fatos, ficou com medo de que ele pudesse fazer-lhe algum mal. Também ficou com medo de passar com outros médicos."

"*A testemunha M. C. M. disse que é enfermeira no CAIS há mais de sete anos. Informou que o réu atende no CAIS como cardiologista durante muitos anos. Nunca acompanhou o réu nas consultas às pacientes. Muitas vezes foi procurada por diversas pacientes que relatavam não se sentir confortáveis no momento da consulta, pois não gostavam da maneira como ele as atendia. Algumas choravam e pediam para não ser mais atendidas por ele. As mulheres se sentiam muito constrangidas durante as consultas. Por diversas vezes, comunicou verbalmente à V., sua chefe na época, sobre os fatos. As pacientes não queriam se identificar. Também encaminhava as pacientes para a ouvidoria para que formalizassem a queixa. As pacientes tinham medo de falar para os maridos, por receio da violência deles. Elas preferiam apenas trocar de médico e não fazer mais nada. Tem conhecimento de que ele atendeu a vítima A. G. V.. Na época, esta lhe relatou que o réu encostou o pênis nela, mas não se lembra de detalhes. Também se lembra da paciente M.. Os relatos eram muito parecidos entre as pacientes. Elas relatavam que ele as deixava de bruços para examinar e encostava o corpo nas mãos delas. Desconhece se é comum um cardiologista deixar as pacientes de bruços para examiná-las. Disse que orientou a paciente a procurar a Delegacia de Polícia e a Promotoria de Justiça. Na época, já havia conversado com a sua chefe diversas vezes, inclusive por escrito, mas não foi tomada nenhuma providência, nem por esta, nem pelo secretário de*

Acesso ao Sumário

saúde. Na época, o secretário de saúde era V. L.. Não tem conhecimento de que o secretário tomou alguma providência na época."

"*A testemunha R. de S. disse que é recepcionista e trabalha no CAIS, onde o réu atuava como médico cardiologista. Contou que algumas pacientes lhe relatavam sobre o modo como o réu as atendia. Elas informaram que a consulta era diferente para um cardiologista. Algumas reclamavam das consultas, então encaminhava os fatos para sua chefe. Algumas reportavam que o médico fazia alguns toques diferentes, de uma forma não profissional. Sua chefe, na ocasião, era a enfermeira C. M.. Segundo C. lhe relatava, os casos eram encaminhados para a chefe dela. Destacou que as consultas com as pacientes do sexo feminino eram longas. Informou que o réu era boa pessoa e apenas cumprimentava com beijo, abraço e aperto de mão as pessoas que conhecia.*"

"*A testemunha V. M. de S. V. disse que, na época dos fatos, era funcionária pública municipal, estando, atualmente, aposentada. É enfermeira e, na ocasião, era diretora do Hospital Municipal. A chefia do CAIS quem exercia era a enfermeira C. M.. Negou que tenha sido procurada com reclamações formais sobre a conduta profissional do réu. Disse que C. comentou que teve reclamações sobre o réu, oportunidade em que lhe disse que precisavam de documentos por escrito, pois não bastavam apenas comentários. Não chegou nada por escrito ou formalmente em suas mãos. A única pessoa que lhe relatou esses comentários foi a enfermeira C.. Ela lhe relatou que as pacientes reclamavam que ele era mais ousado nas consultas, sexualmente falando. Ela lhe falou que as pacientes reclamavam que ele atendia de uma forma mais tocante. Chegou a chamar o réu para conversar e o questionou sobre a forma como atendia as pacientes, mas ele respondeu que fazia as pacientes se deitarem de lado para realizar a escuta do coração, garantindo que tais procedimentos eram descritos nos livros médicos. Nenhuma paciente ou outra enfermeira lhe reclamou diretamente sobre a conduta do médico. Não chegou ao seu conhecimento nenhuma reclamação via ouvidoria. Na época, o secretário era V. L., com quem comentou sobre os fatos, e foi orientada a conversar com o médico. Não podiam tomar nenhuma outra atitude, porque não havia nenhum documento por escrito. Disse que o réu demonstrou indignação com o assunto. Depois disso, somente tomou conhecimento do processo que havia na Secretaria. Disse que não conversou com a vítima M.. A conversa que teve com o réu foi bem antes dos fatos ocorridos com M.. Conhece a referida vítima e não acredita que ela tenha algo contra o réu para denunciar os fatos. Não se recorda se lhe chegaram fatos relatados via ouvidoria do hospital, conforme afirmou em seu depoimento na Delegacia de Polícia.*"

"*A testemunha R. A. M. disse que as vítimas lhe informaram o que ocorreu com o réu. Na época, era auxiliar de enfermagem e trabalhava no CAIS do bairro da Penha do Rio do Peixe. Fazia os agendamentos das consultas do réu.*

Acesso ao Sumário

Foi uma das primeiras pessoas para quem as vítimas relataram o ocorrido. Disse que A. G. V. teria relatado para a enfermeira C. que teria sido vítima dos fatos. Segundo a enfermeira lhe contou, a vítima relatou que, durante a consulta, o médico teria colocado a paciente deitada na maca e encostava a sua parte genital no corpo dela. Ele colocava as mãos nas costas das pacientes, fazia que estava examinando, mas ao mesmo tempo passava a genitália nas mãos delas. Contou que a vítima M. F. M. R. lhe disse diretamente que com ela teria acontecido a mesma coisa. Ouviu de outras pacientes o mesmo relato. Disse que a vítima relatou que o médico colocou a mão dela dentro da calça e lhe disse "estou quase gozando". Negou que o médico tinha costume de pedir para que enfermeiras o acompanhassem nas consultas. Ele não gostava que as enfermeiras interrompessem as consultas. Desde que começaram as denúncias contra o réu, cinco pacientes lhe relataram diretamente esses fatos. Então, relatava os fatos para a enfermeira C.. Tem conhecimento de que C. levou esses fatos a seus superiores hierárquicos e tentou conversar com o réu a este respeito. Segundo C. lhe relatou em reunião, a orientação era para que o caso fosse "abafado", pois ele era o único cardiologista que tinham. C. achou um absurdo essa orientação. Não sabe dizer quantas pacientes relataram os fatos ao Município. Disse que o réu perguntou para uma das técnicas de enfermagem se ela poderia olhar a bolsa escrotal dele, porque ele achava que estava com miíase (berne). Como a técnica sabia que estava tendo relatos desses tipos, ela se negou e respondeu que ela até poderia ver, desde que a enfermeira C. estivesse junto. Então, as duas o examinaram, mas nada constataram. De uma forma geral, o réu era excelente profissional, agradável e tratava bem os funcionários. Além das cinco pacientes que lhe relataram diretamente os fatos, algumas pacientes não queriam retornar ao atendimento com ele. O tempo de consulta dele era mais demorado do que o normal. Algumas pacientes lhe relatavam que ele tinha um comportamento estranho e algumas até choravam. Esclareceu que a vítima M., no dia da consulta, saiu nervosa, trêmula e lhe disse que nunca mais queria ser atendida por ele. Disse que a pessoa de D. C., que ficava na Secretaria da Saúde e era uma das ajudantes, foi quem orientou a "abafar o caso"."

"*A testemunha de defesa A. L. L. disse que trabalhava no CAIS, no setor de pós consulta. Nunca presenciou nenhum ato do réu, mas ouvia relatos. As pacientes mulheres que entravam no consultório do réu narravam que ele sempre afastava a mesa para o lado da porta, bloqueando o acesso, e deitava as mulheres de costas, de barriga para baixo. Escutou de duas mulheres que ele tirava o órgão genital e se masturbava nas costas da paciente. Não se lembra quais os nomes dessas pacientes, mas escutou várias histórias pelas próprias vítimas. Os fatos foram levados ao conhecimento dos superiores e as pacientes eram orientadas a procurar as autoridades. A sua conduta quando a paciente reclamava era relatar os fatos para a enfermeira C.. Disse que a relação de C.*

Acesso ao Sumário

com o réu era normal e eles se davam bem profissionalmente. Constatava que a maca e a mesa estavam fora da posição correta durante os intervalos das consultas, quando entrava para arrumar a sala."

"*Interrogado, A. N. D. disse que examinou a vítima M. de forma ética e tranquila. Não esfregou sua genitália nela e nunca teve a intenção de que ela se sentisse de alguma forma perturbada. Negou que dificultava o acesso dos profissionais na sala. Disse que colocava a sua mesa encostada na parede, para que a paciente se sentasse à sua esquerda, de forma a facilitar a aferição da pressão enquanto o paciente estava sentado. A maca ficava atrás de si, na parede contralateral da mesa. O acesso era total e irrestrito à sala, a qual nunca trancou. Nunca restringiu a entrada de enfermeira ou acompanhante na sala. Informou que não era obrigatória a presença de outra pessoa enquanto estava com paciente. Não tinha ideia sobre as acusações, até que o processo começou. A sua fila de espera era maior do que a fila de outros colegas. Nunca soube que pacientes se negavam a consultar com a sua pessoa antes do início do processo. Não se recorda da paciente M. em específico. Recorda-se da paciente A., que passou diversas vezes consigo, mas nunca teve nenhum problema com ela. Atualmente, não atende mais em hospitais, pois apenas faz laudos e consultoria para outros colegas via internet. Está respondendo por estes fatos junto ao CRM, cujo processo está em andamento, ainda sem conclusão. Disse que o seu relacionamento com a enfermeira C. era muito bom e cordial. Inclusive, os relatos dela lhe causaram estranheza.*"

Da prova oral lançada na r. sentença sob o crivo das partes e o seu cotejo com os demais elementos probatórios existentes nos autos do processo é autorizado inferir que estão cabalmente demonstradas a existência material do crime de violação sexual mediante fraude descrito na denúncia, praticado em face da vítima *M. de F. M. R.*, e a responsabilidade penal dele decorrente.

A negação ao fato imputado pela pessoa do acusado restou isolada do restante do conjunto probatório amealhado aos autos.

Sempre que ouvida, a vítima *M. de F. M. R.* confirmou que passou em consulta com o réu, que era médico cardiologista do CAIS, pois há dias não estava se sentindo muito bem. Ao adentrar a sala, viu que ele trajava uma calça de moletom e estava sentado com as pernas abertas, de forma despojada, o que lhe chamou a atenção. Durante a consulta, o réu esfregou o pênis dele nas mãos dela e encostou em seu corpo. Em seguida, ele ficou observando o seu corpo com um olhar lascivo, o que a incomodou. Depois do fato, começou a vítima achou que aquilo poderia ser algo de sua mente e, por estar preocupada com a sua saúde, foi ao CAIS para passar em retorno com o réu. Não conseguiu, contudo, entrar na sala, pois começou a chorar ao se deparar com o acusado, ocasião em que confidenciou sobre o ocorrido à enfermeira chefe do local, *M. C. M.*, a qual lhe contou que o réu já havia praticado conduta semelhante com outras vítimas,

Acesso ao Sumário

mas que nenhuma providência havia sido tomada. Por isso, foi à Promotoria de Justiça para denunciar o abuso perpetrado pelo réu.

Frise-se que a palavra da vítima nos crimes contra a liberdade sexual assume ainda maior relevância, sendo muitas vezes a única prova de que dispõe a acusação para demonstrar a responsabilidade do réu. No caso dos presentes autos, como adiante será abordado, a palavra da ofendida é secundada pelo restante do conjunto probatório.

> ***AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. OFENSA AO ART. 619 DO CPP. ENFRENTAMENTO DOS PONTOS RELEVANTES À SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR ALEGADA FALTA DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PALAVRA DA VÍTIMA. ESPECIAL RELEVÂNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. (...) 2. Uma vez que a condenação encontra-se fundamentada na prova produzida nos autos, em especial, no depoimento da vítima, no laudo de exame de corpo delito de conjunção carnal e no depoimento de testemunhas, a pretendida revisão do julgado, para fins de absolvição, encontra óbice na Súmula 7/STJ, por demandar reexame do material cognitivo produzido nos autos. 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte superior, nos crimes sexuais, a palavra da vítima possui especial relevo, tendo em vista sobretudo o modus operandi empregado na prática desses delitos, cometidos, via de regra, às escondidas. 4. Agravo regimental improvido.*** (AgRg no AREsp 1784535/AM, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 18/06/2021)

Nesse sentido, observa-se que os depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo corroboram as declarações prestadas pela vítima.

Com efeito, *A. G. V.*, ouvida nestes autos como testemunha[7], contou que já havia passado em consulta com o réu em outras oportunidades no CAIS, mas que, na última vez, ele lhe pediu para se deitar de bruços na maca com as mãos para trás. Em seguida, ele se aproximou e tocou-lhe com o pênis ereto e, então, pediu para ela se sentar na maca, pegou a mão dela e a colocou por dentro da calça dele, em seu pênis, afirmando "*estou quase gozando*". Ato contínuo, ele puxou a mão dela e encerrou a consulta. Disse ter contado o fato à enfermeira *M. C. M.*, que lhe passou o telefone da ofendida *M.F.M.R.*, tendo as duas ido juntas denunciar o réu na Promotoria de Justiça.

A testemunha *M. C. M.*, enfermeira chefe do CAIS, disse não se recordar com detalhes do que a ofendida *M.F.M.R.* lhe disse, mas tem certeza de que a vítima passou em consulta com o réu e lhe pediu para trocar de médico, contan-

Acesso ao Sumário

7 Conforme já dito acima, a fls. 138/139, houve a extinção da punibilidade do réu em relação ao fato criminoso descrito na denúncia quanto a A.G.V., diante da decadência do direito de representação.

do-lhe que havia se sentido constrangida e ficou muito mal, pois o réu encostou nela. Afirmou, também, que havia sido procurada por várias outras pacientes do sexo feminino que lhe diziam que não se sentiam confortáveis nas consultas com o réu, pois não gostavam do modo como ele as atendia, sendo que algumas choravam e queriam trocar de médico. Disse que os relatos eram semelhantes entre as pacientes, no sentido de que o acusado as deixava de bruços para examiná-las e, então, encostava o pênis ou o corpo dele na mão ou no corpo delas. Afirmou ter reportado os fatos aos seus superiores, mas nenhuma providência foi tomada (fls. 30/32, 86 e gravação audiovisual).

A testemunha *R.A.M.*, auxiliar de enfermagem do CAIS, contou que ouviu da ofendida que o réu fez com ela a "*mesma coisa*" que ele havia feito com outras pacientes, que consistia em pedir para elas se deitarem na maca e, enquanto fingia examiná-las colocando as mãos nas costas delas, ao mesmo tempo, esfregava a genitália nas mãos das pacientes. Relatou ter ouvido essa reclamação de cinco pacientes. Disse que era comum as pacientes não quererem mais retornar em consulta com o réu, dizendo que ele tinha um comportamento estranho e algumas, inclusive, choravam. Informou sobre esses fatos a *M. C. M.*, que teria reportado aos seus superiores, mas teria recebido orientação de uma funcionária da Secretaria da Saúde para que o caso fosse "*abafado*" (fls. 36/38 e gravação audiovisual).

A testemunha *V. M. de S. V.*, diretora do Hospital Municipal, relatou ter sido procurada por *M. C. M.* reportando reclamações sobre a conduta do réu em suas consultas. Negou, porém, ter recebido qualquer reclamação formal. Foi orientada pelo Secretário Municipal a conversar com o réu, o qual lhe disse que atendia as pacientes normalmente. Asseverou, por fim, que conhecia a vítima *M. de F. M. R.* e que não acredita que ela tenha inventado a acusação.

A testemunha de defesa *A. L. L.*, que trabalhava no CAIS no setor de pós-consulta, não soube informar sobre os fatos e não se recorda da vítima. Relatou apenas que ouvia relatos de assédios praticados pelo réu, em face de várias pacientes do sexo feminino, tendo conhecimento de que o acusado deitava as mulheres em decúbito ventral. Contou que duas pacientes lhe disseram que o réu tirou o órgão genital dele para fora da roupa e se masturbou nas costas delas, não sabendo informar o nome delas. Constatava que a maca e a mesa estavam fora da posição correta durante os intervalos entre as consultas, por isso, supôs que o acusado as mudava de lugar para dificultar o acesso ao consultório, mas negou ter ouvido isso de alguma paciente (gravação audiovisual).

Ao saber sobre o abuso perpetrado em face de *M. de F. M. R.*, a enfermeira *M. C. M.* orientou a vítima a reportar os fatos às autoridades, já que relatos semelhantes sobre a conduta do réu eram recorrentes e de conhecimento dela e de outros funcionários do CAIS. Contudo, muitas das vítimas não desejavam se identificar e, assim, nenhuma providência era tomada.

Acesso ao Sumário

Não há quaisquer motivos, pois, para afastar a credibilidade do testemunho dos funcionários do CAIS, de que havia várias reclamações de pacientes mulheres sobre a conduta do réu durante as consultas, tão somente porque "*nada veio aos autos de concreto*" nesse sentido. Em primeiro lugar, porque, conforme as testemunhas informaram, as outras vítimas não queriam se identificar, pedindo apenas para serem atendidas por outro médico. Em segundo, não se vislumbrou qualquer razão para as testemunhas prejudicarem o acusado, chamado veladamente por algumas como o *Dr. Mãozinha*, com o qual mantinham um bom relacionamento profissional.

Nesse aspecto, observo não ter sido comprovada a intenção da testemunha *A.L.L.*, arrolada pela defesa (fl. 131), de prejudicar o réu, apenas porque ela informou acreditar que o acusado bloqueava, durante as consultas, o acesso ao consultório dele ao mudar a maca de lugar. Conforme se verifica dos autos, essa foi uma dedução da testemunha e, de qualquer modo, mostra-se irrelevante no caso, já que nem mesmo a vítima disse que a porta do consultório estaria bloqueada com a maca.

Ademais, apesar das alegações defensivas de que o acesso ao consultório do réu era irrestrito, pois a porta ficava destrancada, *A.L.L.* disse que era incomum outros funcionários adentrarem o consultório durante as consultas do réu e *R.A.M.* relatou que o acusado não gostava que o interrompessem durante as consultas: "*Ele não gostava que as enfermeiras interrompessem as consultas*".

Não bastasse, o conjunto probatório é robusto no sentido de que o réu sempre atendia as pacientes sozinho, quando, então, praticava os abusos, como aquele relatado pela vítima destes autos.

No mais, como visto, as reclamações das pacientes aos funcionários do CAIS eram todas no sentido de que o réu se aproveitava de sua condição de médico para encostar o corpo ou pênis no corpo ou na mão das pacientes, sendo essa exatamente a narrativa apresentada pela ofendida *M. de F. M. R.* e reportada à funcionária *M. C. M.*

Assim, apesar das alegações defensivas, não há motivos para desmerecer as palavras da vítima apenas porque, na fase policial, ela disse que o réu esfregou o pênis no corpo dela, em suas nádegas, antes de ela se deitar na maca e que, durante o exame, ele continuou com o corpo muito próximo ao dela (fls. 08/09 e 56/58), enquanto em juízo, relatou que, quando já estava deitada na maca, de barriga para baixo, o réu apoiou o braço dele em suas nádegas e esfregou o pênis na mão dela e roçou em seu corpo (gravação audiovisual). Pequenas divergências, sobre pontos secundários, se comparadas as declarações das ofendidas são irrelevantes, dadas em datas e locais diversos. No caso, as informações ressaltadas pela defesa não lançam dúvidas sobre os toques lascivos e ao fato de o acusado encostar o pênis no corpo da paciente.

Ademais, é compreensível que a vítima não se recorde de todos os de-

Acesso ao Sumário

talhes sobre o ocorrido, considerando o lapso temporal entre a data dos fatos (2018) e as declarações prestadas em juízo (08/06/2021), além do nervosismo e trauma sofridos. Tal constatação, ainda, justifica pequenas contradições, que são, como já afirmado, naturais e, no caso, irrelevantes.

Observo, por outro lado, que a versão defensiva de que o acusado nada fez carece de suficiente embasamento probatório e, consequentemente, incapaz de rechaçar as declarações convincentes da ofendida, corroborada pelos depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo.

Por fim, ressalto que o apelante e a vítima não se conheciam anteriormente e não ficou demonstrado nos autos que a ofendida teria alguma razão para querer incriminar injustamente uma pessoa inocente. Ademais, ressalto que a vítima ficou muito abalada e, inclusive, chorou ao se deparar novamente com o réu no CAIS.

Destarte, há de prevalecer as declarações da vítima, que foi corroborada pelo depoimento das testemunhas, não havendo dúvidas de que o apelante praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal, consistente em toques lascivos e a ação de encostar o pênis no corpo da vítima.

Destaque-se a notícia nos autos de que o réu praticou semelhante conduta com inúmeras outras pacientes, inclusive com uma das testemunhas ouvidas em juízo, ficando cabalmente demostrado nos autos que sua conduta tinha o objetivo de satisfazer a própria lascívia e era recorrente.

Ademais, a pretexto de realizar a consulta médica e examinar a vítima, o réu a induziu em erro, já que ela acreditava que ele estava agindo profissionalmente, ao conduzi-la até a maca e fazê-la se deitar em decúbito ventral, sendo surpreendida quando ele encostou o pênis na mão dela e se esfregou em seu corpo, tocando-a de modo inapropriado, lascivamente.

Nesse ponto, importante ressaltar que a vítima *M. de F. M. R.* contou que ficou muito abalada, mas chegou a pensar que poderia ter se enganado quanto à intenção do acusado, inclusive, iria retornar em nova consulta com ele. Contudo, ao vê-lo novamente não conseguiu conter o choro e adentrar o consultório, oportunidade em que a enfermeira do local contou à vítima que outras pacientes também haviam sofrido o mesmo que ela, momento em que a ofendida teve, então, certeza de que realmente tinha sido vítima de abuso sexual. Ficou comprovada, portanto, a fraude utilizada para a prática do ato libidinoso.

Nesse sentido, vejamos os ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt sobre o assunto:

> "É indispensável que a vítima tenha sido ludibriada, iludida, e não que se tenha entregue à prática libidinosa por rogos, carícias ou na expectativa de obter alguma vantagem do agente. Assim, não há como considerar ludibriada, fraudada ou enganada a mulher que "empresta" seu corpo para satisfazer desejos sexuais de alguém na expectativa de receber,

Acesso ao Sumário

em troca, bens materiais, ou simplesmente para a própria satisfação dos mesmos instintos que impulsionam o suposto ofensor. Na mesma linha, pode configurar violação sexual *mediante fraude* a prática de atos libidinosos com paciente durante o atendimento médico, desde que sua motivação subjetiva desvie-se da finalidade médica. Com efeito, a prática, por médico ginecologista, de toques desnecessários, com o objetivo de satisfazer sua lascívia, caracteriza a presente infração penal." (Bitencourt, Cezar Roberto Tratado de direito penal, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até os crimes contra a fé pública/ Cezar Roberto Bitencourt. - 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012., p. 66).

Portanto, a conduta do réu não pode ser considerada como simples importunação[8], até porque se trata de norma de aplicação subsidiária, que não tem incidência quando o fato praticado pelo peticionário encontra subsunção em tipo penal de maior gravidade.

No caso dos autos, como já dito, o acusado praticou, mediante fraude, atos libidinosos diversos da conjunção carnal, visando satisfazer sua própria lascívia, configurando-se, portanto, perfeitamente, o tipo penal adotado na sentença.

No mesmo sentido, convém salientar o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, em caso semelhante também praticado por médico cardiologista que encostava o pênis ereto no corpo das vítimas:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE. ART. 215 DO CÓDIGO PENAL. DESNECESSIDADE DE ANULAR, POR COMPLETO, A LIVRE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DA VÍTIMA. DESCLASSIFICAÇÃO DE UM DOS CRIMES PARA CONTRAVENÇÃO PENAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVANTE GENÉRICA NÃO DESCRITA NA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO PELO MAGISTRADO. BIS IN IDEM. CONTINUIDADE DELITIVA. FUNDAMENTOS NÃO INFIRMADOS. SÚMULA N. 182 DO STJ. 1. Para configuração do tipo descrito no art. 215 do Código Penal, não há necessidade de anular, por completo, a livre manifestação de vontade da vítima, mas de deixá-la em tal condição que sua vontade esteja viciada. 2. Em crimes sexuais praticados na clandestinidade, deve-se dar relevante valor à palavra da vítima. 3. Incide a Súmula n. 7 do STJ quando a revisão do entendimento adotado pelas instâncias ordinárias implica o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos. 4. É possível o reconhecimento de agravantes genéricas pelo magistrado, ainda que não descritas na denúncia. 5. Não se conhece de agravo regimental que não infirma os fundamentos da decisão agravada.

8 Prevista no artigo 61 da Lei de Contravenções Penais à época do fato e atualmente prevista no atualmente prevista no artigo 215-A do Código Penal.

Acesso ao Sumário

Incidência da Súmula n. 182 do STJ. 6. Agravo regimental parcialmente conhecido e desprovido." (AgRg no REsp n. 1.765.521/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 24/8/2021, DJe de 27/8/2021.)

De forma semelhante:

"VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE - Nulidade da sentença - Ofensa ao princípio da identidade física do juiz - Inocorrência - Observância da regra do art. 132, CPC, mesmo revogado - Preliminar afastada - Prova segura quanto à materialidade e responsabilidade penal - Negativa do réu isolada nos autos - Declarações da vítima em perfeita harmonia com o restante do conjunto probatório - Conduta típica e adequada à letra do art. 215, CP - Impossibilidade de absolvição ou desclassificação - Penas devidamente justificadas - Ausência de nulidade - Redução das básicas ao mínimo legal - Dolo normal ao tipo - Agravante do art. 61, II, g, bem aplicada - Observância do art. 385, CPP - Descabimento de reconhecimento da continuidade delitiva - Reiteração delitiva - Regime bem imposto - Recurso parcialmente provido (voto n. 33188)" (TJSP; Apelação Criminal 0005341-08.2012.8.26.0189; Relator (a): Newton Neves; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Fernandópolis - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 03/10/2017; Data de Registro: 03/10/2017)

Assim, fica mantida a condenação do apelante pela prática do delito previsto no artigo 215, *caput*, do Código Penal.

Passa-se à análise da pena.

Na primeira fase da dosimetria, considerando o disposto no artigo 59 do Código Penal, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, sob o fundamento de que o réu "*valendo-se de sua qualidade de médico, que deveria cuidar das pessoas, satisfez a sua lascívia contra a vítima, que já se encontrava fragilizada, merecendo maior reprovação*".

Nesse ponto, observo que a qualidade de médico do réu, por si só, é circunstância que se confunde com a agravante genérica prevista no artigo 61, inciso II, alínea g, do Código Penal (violação de dever inerente a profissão), já sopesada na segunda fase da dosimetria, de modo que, caso esse fosse o único motivo para exasperação da basilar, deveria ser afastado o acréscimo, a fim de evitar indesejável *bis in idem*.

No entanto, a pena-base foi majorada não apenas porque o réu era médico, mas sim porque **se valeu da fragilidade da vítima**, que estava com mal-estar há dias e precisava ser atendida por um médico cardiologista, o que denota maior reprovabilidade da conduta e justifica o acréscimo da basilar.

Nesse sentido:

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRA-

Acesso ao Sumário

VO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA. VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE. CONCURSO MATERIAL. ART. 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL - CP C/C ART. 71, CAPUT, DO CP C/C ART. 215, CAPUT, DO CP C/C ART. 69, CAPUT, DO CP. VIOLAÇÃO AO ART. 564, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. ALEGADA DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO NA SENTENÇA, SOBRETUDO EM RELAÇÃO ÀS TESES DEFENSIVAS AVENTADAS NAS ALEGAÇÕES FINAIS. APLICAÇÃO DO ÓBICE DA SÚMULA N. 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE EM CONCRETO DA CONDUTA DO ACUSADO. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE EXTRAPOLAM OS ELEMENTOS INERENTES AOS TIPOS PENAIS. VIOLAÇÃO AO ART. 71 DO CP. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. CRIMES PRATICADOS EM FACE DE VÍTIMAS DIFERENTES. INTERVALO DE TEMPO MUITO SUPERIOR A TRINTA DIAS. INVIABILIDADE DE APLICAR A EXCEÇÃO À REGRA NA HIPÓTESE EM ANÁLISE. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. In casu, há de se aplicar o óbice da Súmula n. 284 do STF, porquanto a defesa apontou genericamente a existência de deficiência na fundamentação das decisões proferidas pelas instâncias a quo, sem, contudo, precisar na peça do recurso especial quais teses aventadas não teriam sido analisadas pelo Juízo de primeira instância e pelo Tribunal de origem. 2. A pena -base dos crimes de estupro de vulnerável e de violação sexual mediante fraude foi exasperada **em razão da gravidade em concreto da conduta do acusado**, notadamente pelo fato dele ter se aproveitado da sua condição de médico, bem como da inexperiência **e da fragilidade das vítimas para abusar das pacientes**. 2.1. Tal conclusão está em consonância com a jurisprudência deste Sodalício, porquanto as circunstâncias fáticas analisadas pela Corte fluminense extrapolam os elementos inerentes aos tipos penais e, por consequência, justificam o incremento da pena-base dos delitos sub judice. 3. Ainda que seja possível, em situações excepcionais, o reconhecimento da ficção jurídica do art. 71 do CP em relação a crimes com espaçamento temporal superior a trinta dias, é necessário verificar, no caso concreto, a existência de vinculação entre as condutas delitivas. 3.1. Neste ponto, o Tribunal de origem consignou que os crimes foram praticados em face de vítimas diferentes e em intervalo de tempo muito superior a trinta dias, razão pela qual não há de se aplicar a exceção à regra na espécie. 4. Agravo regimental conhecido e desprovido." (AgRg

Acesso ao Sumário

no AREsp n. 2.274.671/RJ, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/9/2023, DJe de 3/10/2023.)

Assim, fica mantido o acréscimo da pena-base em 1/6 (um sexto), totalizando 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Já na segunda fase, a sanção foi majorada em 1/6 (um sexto) em razão da presença da agravante do artigo 61, inciso II, alínea g, do Código Penal (com violação de dever inerente a profissão de médico), perfazendo 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Na derradeira etapa, não há causas de aumento ou diminuição, de modo que a pena se tornou definitiva em **02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**.

Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, considerando o *quantum* da reprimenda imposta e as circunstâncias judiciais desfavoráveis mencionadas na presente decisão, valendo acrescentar a ousadia e frieza do apelante de - na condição de médico - abusar sexualmente de sua paciente em consulta na rede pública municipal de saúde, paciente fragilizada pela suspeita de doença cardíaca, mostra-se proporcional e justa a fixação do regime inicial semiaberto, sendo o que melhor se amolda ao caso e necessário para prevenção e reprovação da conduta, nos termos do § 3.º do art. 33, combinado com o art. 59, ambos do Código Penal.

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos pelos mesmos motivos já expostos na fundamentação relativa à manutenção do regime semiaberto (art. 44, III, CP). Incabível, outrossim, a suspensão condicional da pena por expressa determinação legal (art. 77, *caput*, CP).

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso do acusado **A. N. D.**, mantendo-se, integralmente, a r. sentença.

Após o trânsito em julgado, a Vara de origem adotará as providências necessárias ao cumprimento da pena.

Comunique-se a presente decisão ao Conselho Regional de Medicina, com a observação de que contra ela cabem recursos aos Egrégios Tribunais Superiores.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1529230-08.2023.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes PABLO CARDOZO CRUZ e NATAN MIGUEL MAXIMO MAGALHÃES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram pela (i) a rejeição da ma-

téria preliminar; (ii) a improcedência da ação penal em relação ao corréu Natan Miguel Máximo, com fundamento no art. 386, VII, do CPP; (iii) expedir em favor deste alvará de soltura clausulado, comunicando-se à origem imediatamente para tal mister; (iv) na dúvida desclassificar a imputação contra o réu Pablo Cardozo Cruz para a figura do art. 28, com duas determinações, expedição de alvará de soltura clausulado em favor deste acusado e com fundamento no Tema 506 RG/STF, determinar ao MM Juiz, em primeiro grau, tratar o fato com as sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06, aplicadas em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta. Revogaram a perda do veículo, devendo a autoridade que funciona como depositária promover a devolução do mesmo àquele que provar por documentos públicos, após requerimento expresso, a propriedade. Publicado em sessão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 57.281)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO SOLIMENE (Presidente), LUIZ FERNANDO VAGGIONE e LAERTE MARRONE.

São Paulo, 1º de julho de 2024.

ROBERTO SOLIMENE, Relator

EMENTA: Tráfico. Antecedentes criminais impedindo o redutor. Perda de automóvel. Incerteza sobre a existência de comércio. Poucas quantidades apreendidas, 18,86 gramas de haxixe. Fato ocorrido nas imediações da 'Cracolândia'. Possibilidade de presença local para aquisição, que autoriza absolvição do motorista Natan e desclassificação para o art. 28 em prol do corréu Pablo. Perda do veículo decretada em primeira instância. Impossibilidade. Revogação com determinação. Proprietário ou proprietária que não tem vinculação com o objeto da increpação. Situação de Pablo examinada sob a perspectiva do julgamento recente no col. STF do RE635659, com edição do Tema 506 RG. Óbice do disposto no art. 24 da Lei 13.655/2018. Provimento do apelo em favor de Natan e provimento parcial em relação a Pablo.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelação interposta pelos réus contra a respeitável sentença de fls. 233/240 que condenou, por infração ao *caput* do artigo 33 da Lei n. 11.343/06: (i) Natan, às penas de 5 (cinco) anos de reclusão, a começar no

regime fechado, bem como ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal; e (ii) Pablo, às penas de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicial fechado, além de 580 (quinhentos e oitenta) diárias de multa, no patamar unitário mínimo, sem prejuízo do perdimento, em favor da União, do valor e dos objetos apreendidos nos autos.

Os sentenciados estão presos (fl. 240).

Não resignados, os apelantes pleiteiam a (i) absolvição sob a alegação de insuficiência probatória ou aplicação do princípio do *in dubio pro reo*. E, subsidiariamente, postulam (ii) a aplicação da minorante prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06. Por sua vez, Pablo também requer (iii) a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos e Natan pugna (iv) pela redução do valor da multa, (v) pela restituição do veículo apreendido e (vi) pela concessão de justiça gratuita (fls. 241/246 e 265/276).

Nos autos, além das contrarrazões recursais, ainda temos o parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, que opina pelo desprovimento (fls. 284/290 e 319/369).

No caso em tela, os sentenciados foram presos em poder de 18,82g (dezoito gramas e oitenta e dois decigramas) de haxixe (fls. 13/14, 15/16 e 130/131).

É o relatório.

Voto n. 57.281

Consta da denúncia que, no dia 11 de outubro de 2023, por volta das 15h00, na Rua Helvetia, altura do número 1035, Santa Cecília, neste município e Comarca, os apelantes Natan e Pablo, identificados em epígrafe, em comunhão de esforços e unidade de desígnios, transportavam e traziam consigo, para entrega a consumo de terceiros, 20 (vinte) invólucros de "haxixe", com peso líquido total de 18,82g, substância entorpecente e que determina dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fls. 98/99).

As Defesas alegam não estar comprovada a comercialização de entorpecentes pelos sentenciados, afirmando que o estupefaciente se destinava ao consumo de Pablo, não pertencendo ao corréu Natan.

Conforme relatado pelos agentes policiais, tanto na Delegacia como em Juízo, estavam em patrulhamento em local que é conhecido como ponto de tráfico de entorpecentes, próximo à "Cracolândia", oportunidade em que avistaram os dois sentenciados em atitude suspeita. Disseram que Pablo, ao perceber a presença policial, lançou um invólucro no banco de trás de um automóvel, onde ambos adentraram e acabaram sendo abordados.

Pablo, com quem foi apreendida a quantia de R$ 50,00, confirmou a propriedade do haxixe e afirmou que o mesmo se destinava ao seu consumo, nada informando sobre a procedência do numerário. Natan, por sua vez, motorista do automóvel, disse que apenas dava carona ao corréu para que este adquirisse

Acesso ao Sumário

entorpecentes para revenda e afirmou que a quantia localizada na porta do motorista, R$ 311,00, se destinava à sua esposa.

São os fatos conforme o contido no processo.

De plano, a meu sentir, não se há falar em nulidade da prova [artigo 564, inciso III do Código de Processo Penal], a pretexto de não se ter realizado perícia nos celulares dos acusados apreendidos durante a abordagem. A matéria é de prova e não de processo penal, ademais em nenhum momento a defesa do sentenciado Natan postulou mencionada diligência, não tendo arguido tal circunstância até a apresentação das razões recursais, conforme se observa a fls. 119/121, 215/224 e 265/276.

E melhor examinando o caso vejo que ambos os apelantes acabaram sendo condenados por conta das palavras dos agentes policiais militares Giliard Moura Oliveira e Fabiano Pereira da Silva Alves de Macedo, que, em patrulhamento nas imediações da *Cracolândia*, notaram as presenças dos increpados *em atitude suspeita*, quando então tentaram fugir do alcance de visão dos servidores públicos, sem sucesso.

Assim o MM Juiz, na origem, fundamentou o resultado, vide fl. 237 (*verbis*):

> "Quanto à finalidade da posse/guarda dos entorpecentes, a despeito das versões dos réu, é inequívoca a destinação ao tráfico. Isso porque, apesar da quantidade relativamente pequena de entorpecentes apreendidos, as circunstâncias da apreensão, o local, a conduta dos réus, e a própria declaração deles quando indagados pelos policiais que faziam a revenda naquela região de usuários, torna incontroversa, respeitados os argumentos defensivos, da adequação da tipificação promovida pelo Ministério Público na denúncia".

De todo o modo, ainda na respeitável sentença se fez constar o depoimento do PM Giliard, que então fez questão de destacar (*verbis*):

> "(...) Não visualizaram mercancia de drogas por parte dos acusados. Eles disseram que estavam aguardando alguém no local. Indagaram os comerciantes do local e ninguém os conhecia (...)" (fl. 236).

O fato de os apelantes se atrapalharem nas explicações dadas aos militares *per se* não autoriza as condenações tais como postas na respeitável sentença, por certo sempre preservado o qualificado convencimento do MM Juiz, porque, como dito pelos militares, não houve percepção de movimentação para o comércio clandestino, além de ter sido apreendida pouca quantidade de haxixe, cerca de 18 gramas, consoante autos de fls. 6, 15 e 130. E igualmente não representativos os valores, cujas origens foram justificadas e não se pode descartar pura e simplesmente o quanto contado pelos acusados.

O corréu Nathan deu conta o tempo inteiro de uma carona para o colega Pablo, que admitiu a titularidade exclusiva da coisa proscrita, com o reparo de que era para uso próprio.

O local onde se deu a apreensão não caracteriza, nas condições do fla-

Acesso ao Sumário

grante, a posição de traficantes, até porque a frequência de consumidores pelas redondezas é igualmente certa, conclusão a que chegamos com o respaldo das regras de experiência postas no art. 375 do CPC-2015, que aqui incide autorizada pelo art. 3º do CPP.

De sorte que, repito, a meu sentir, uma vez reexaminados os autos, fiquei com dúvidas sobre a traficância, porque a ação dos policiais foi imediata, abordando os dois suspeitos incontinenti à visualização, extraindo-se a ofensa ao disposto no art. 33 tão-só pelo quanto contado aos militares no momento da condução dos dois suspeitos ao distrito policial. O que não acabou confirmado sob o pálio do contraditório.

Ambos são reincidentes, Nathan condenado com trânsito em julgado na data de 30/11/2022, por violação do § 4º do art. 155 do CP (fls. 40/41 – autos n. 1524410-77.2022.8.26.0228). E Pablo em razão de ofensa ao art. 157, § 2º, II, do CP, coisa julgada certificada a fls. 43/44. Os delitos antecedentes, de todo o modo, não guardam correspondência com o crime de tráfico, o que importa dizer que aqueles dados não ajudaram no desenho dos fatos em julgamento.

Mesmo as quantidades apreendidas, agora diante desta nossa dúvida em relação às figuras verbais enumeradas no art. 33 da Lei 11.343/2006, são mais peculiares ao uso próprio do que para fins de comércio (20 peças ou 18,82 gramas de haxixe – fls. 6, 15 e 130). O fato de inicialmente se recusarem a abaixar o vidro do veículo em que foram encontrados ou mesmo os descompassos sobre as razões de estarem ali não deram azo à confirmação do comércio clandestino.

De modo que, feitas aquelas considerações acima, oportuno lembrar cara regra de julgamento adotada à unanimidade por esta Câmara de Direito Criminal: *o standard de prova próprio do processo penal prescreve que, enquanto haja dúvida razoável acerca da inocência do acusado, pesa sobre o Juiz a obrigação de absolvê-lo. Efetivamente, somente se superada - com argumentos convincentes e explicitados pelo juiz - a dúvida sobre a autoria delitiva, no caso o elemento anímico de estarem executando medidas voltadas para o comércio do quanto restou apreendido, ter-se-ia como válido o juízo condenatório. Ao funcionar como regra que disciplina a atividade probatória, a presunção de não culpabilidade preserva a liberdade e a inocência do acusado contra juízos baseados em mera probabilidade, determinando que somente a certeza, além de qualquer dúvida razoável ('beyond a reasonable doubt'), pode lastrear uma condenação. A presunção de inocência, sob tal perspectiva, impõe ao titular da ação penal todo o ônus de provar a acusação, quer a parte 'objecti', quer a parte 'subjecti'. Não basta, portanto, atribuir a alguém conduta cuja compreensão e subsunção jurídico-normativa decorre de avaliação pessoal de agentes do Estado, e não dos fatos e das circunstâncias objetivamente demonstradas.*

Natan estaria transportando Pablo, na posse do haxixe, em veículo de terceira pessoa e, como retro explicado, não me convenci de, naquela ocasião

Acesso ao Sumário

e naquelas circunstâncias, estar cometendo crime de tráfico de entorpecentes.

E pese o requerimento de devolução do veículo não ter sido apresentado por quem de direito, o que levaria ao questionamento da legitimação para aqui devolver o automóvel ao seu dono ou dona, de todo o modo, pelo resultado, não mais se há falar em confirmar a perda da propriedade, mesmo porque não há prova de que o proprietário ou proprietária tivesse conhecimento de que a coisa dada em comodato para Natan se prestaria à finalidade de comerciarem drogas.

Administrativamente, na origem, **fica como determinação**, a autoridade que detém o veículo na condição de depositário público, antes de devolver a coisa, confirmará por documentos oficiais quem é o seu titular e o devolverá por termo, contudo, após requerimento por quem dispõe de legitimidade para tal mister.

Por fim remanesce o estudo da situação de Pablo Cardoso Cruz, que admitiu a titularidade das vinte peças de haxixe, só que com a finalidade de uso próprio.

Conforme acima exposto, descabe certeza sobre violação das figuras típicas do art. 33, incidindo neste tópico o disposto no inciso VII do art. 386 do CPP.

Semana passada o col. Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 635639, editou o enunciado do Tema 506 RG (26/6/2024), cuja transcrição segue abaixo:

"Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 506 da repercussão geral (...) por maioria, fixou a seguinte tese: "1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III); 2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta; 3. Em se tratando da posse de cannabis para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença; 4. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito; 5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elemen-

Acesso ao Sumário

tos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes; 6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários; 7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio; 8. A apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário". Ficaram vencidos: no item 1 da tese, os Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça, Nunes Marques e Luiz Fux; no item 2 da tese, os Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça e Nunes Marques; no item 3 da tese, o Ministro Luiz Fux; no item 4 da tese, os Ministros Flávio Dino e Luiz Fux; e, nos itens 5 e 7 da tese, o Ministro Luiz Fux. Votou na fixação da tese o Ministro Flávio Dino. Por fim, o Tribunal deliberou, ainda, nos termos do voto do Relator: 1) Determinar ao CNJ, em articulação direta com o Ministério da Saúde, Anvisa, Ministério da Justiça e Segurança Pública, Tribunais e CNMP, a adoção de medidas para permitir (i) o cumprimento da presente decisão pelos juízes, com aplicação das sanções previstas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06, em procedimento de natureza não penal; (ii) a criação de protocolo próprio para realização de audiências envolvendo usuários dependentes, com encaminhamento do indivíduo vulnerável aos órgãos da rede pública de saúde capacitados a avaliar a gravidade da situação e oferecer tratamento especializado, como os Centros de Atenção Psicossocial de Álcool e Drogas – CAPS AD; 2) Fazer um apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que adotem medidas administrativas e legislativas para aprimorar as políticas públicas de tratamento ao dependente, deslocando o enfoque da atuação estatal do regime puramente repressivo para um modelo multidisciplinar que reconheça a interdependência das atividades de (a) prevenção ao uso de drogas; (b) atenção especializada e reinserção social de dependentes; e (c) repressão da produção não autorizada e do tráfico de drogas; 3) Conclamar os Poderes a avançarem no tema, estabelecendo uma política focada não na estigmatização, mas (i) no engajamento dos usuários, especialmente os dependentes, em um processo de autocuidado contínuo que lhes possibilite compreender os graves danos causados pelo uso de drogas; e (ii) na agenda de prevenção educativa, implementando programas de dissuasão ao consumo de drogas; (iii) na criação de órgãos técnicos na estrutura do Executivo, compostos por especialistas em saúde pública, com atribuição de aplicar aos usuários e dependentes as medidas previstas em lei; 4) Para viabilizar a concretização dessa política pública – es-

Acesso ao Sumário

pecialmente a implementação de programas de dissuasão contra o consumo de drogas e a criação de órgãos especializados no atendimento de usuários – caberá aos Poderes Executivo e Legislativo assegurar dotações orçamentárias suficientes para essa finalidade. Para isso, a União deverá liberar o saldo acumulado do Fundo Nacional Antidrogas (Funad), instituído pela Lei 7.560/86 e gerido pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), e se abster de contingenciar os futuros aportes no fundo, recursos que deverão ser utilizados, inclusive, para programas de esclarecimento sobre os malefícios do uso de drogas. Por fim, a Corte determinou que o CNJ, com a participação das Defensorias Públicas, realize mutirões carcerários para apurar e corrigir prisões decretadas em desacordo com os parâmetros fixados no voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro André Mendonça, que já havia proferido voto em assentada anterior. Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 26.6.2024".

Feito o destaque acima, observo que, consoante disposto no art. 24 da Lei 13.655/2018, que emendou a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, *prima facie*, jurisprudência não retroage:

> "Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.
>
> Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público".

Ocorre que o julgado orientador é da lavra do Excelso Pretório e, respeitadas as circunstâncias da ocorrência, o mesmo afirmou a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 e tal proclamação em sede de controle de constitucionalidade retroage.

De sorte que, preservado o convencimento pessoal deste Relator, a turma julgadora acha-se **submetida à determinação da Corte Suprema por imposição do disposto nos arts. 489, § 1º, VI, 926 e 927 do CPC-2015 e na esteira da hierarquização sistêmica do Poder Judiciário.**

Estou, então, afastada as circunstâncias de tráfico, pela dúvida, conforme retro justificado, tão apenas em relação ao corréu Pablo Cardozo Cruz, desclassificando a imputação para a figura do art. 28 da Lei 11.343/2006. E nesses termos, pois, somente será possível tratar o fato com as sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06, aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta (*verbis*, consoante disposto no Tema 506 RG/STF).

Meu voto, então, propõe (i) a rejeição da matéria preliminar; (ii) a impro-

cedência da ação penal em relação ao corréu Natan Miguel Máximo, com fundamento no art. 386, VII, do CPP; (iii) expedir em favor deste alvará de soltura clausulado, comunicando-se à origem imediatamente para tal mister; (iv) na dúvida desclassificar a imputação contra o réu Pablo Cardozo Cruz para a figura do art. 28, com duas determinações, expedição de alvará de soltura clausulado em favor deste acusado e com fundamento no Tema 506 RG/STF, determinar ao MM Juiz, em primeiro grau, tratar o fato com as sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06, aplicadas em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta.

Revogo a perda do veículo, devendo a autoridade que funciona como depositária promover a devolução do mesmo àquele que provar por documentos públicos, após requerimento expresso, a propriedade.

Publicado em sessão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0011853-90.2000.8.26.0362, da Comarca de Mogi-Guaçu, em que é apelante D. M. P., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V. U. Sustentou oralmente o advogado, dr. João Mário de Campos Paes, e usou da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça, dr. Maurício Antônio Ribeiro Lopes.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.050)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO SOLIMENE (Presidente) e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 1º de julho de 2024.

LAERTE MARRONE, Relator

Ementa: Apelação. Crime de homicídio simples. Tribunal do Júri. Sentença condenatória. Recurso defensivo. PRELIMINAR. 1. Cerceamento de defesa não configurado. Existência de requerimento na fase do artigo 422, do Código de Processo Penal, tanto da acusação quanto da defesa, para a exibição das armas de fogo apreendidas. Posteriormente, constatou-se que as duas armas apreendidas nos autos foram destruídas, razão pela qual magistrado entendeu não haver prejuízo na apresentação de armamento simi-

Acesso ao Sumário

lar. Desnecessidade de cumprimento do artigo 479, do Código de Processo Penal, pois armamento similar não é documento, nem objeto, relativo a fato do processo. Inexistência, ademais, de demonstração do prejuízo. MÉRITO. 2. Alegação de decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Não configuração. A decisão a que alude o artigo 593, inciso III, alínea "d", do Código de Processo Penal é somente aquela sem qualquer amparo no quadro probatório, diante do princípio constitucional da soberania dos veredictos (artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "d", da Constituição Federal). Quadro não demonstrado na espécie. 3. Sanção que não comporta alteração. Recurso desprovido.

VOTO

1. A r. sentença, cujo relatório se adota (fls. 504/512), julgou procedente a ação para condenar **D. M. P.** à pena de 07 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso no artigo 121, "caput", combinado com o artigo 61, inciso II, alínea "f", ambos do Código Penal. Concedido ao acusado o direito de recorrer em liberdade.

A defesa apelou (fls. 619/635), alegando, preliminarmente, nulidade superveniente à decisão de pronúncia, geradora de cerceamento de defesa, ocorrida na sessão de julgamento pelo Tribunal Popular, consistente no fato de haver sido autorizado pelo douto magistrado a exibição aos jurados, pelo Ministério Público, de armamento similar à arma do crime e, portanto, estranha ao feito (fls. 467), em ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como ao disposto no artigo 479, do Código de Processo Penal, o qual estabelece que, durante o julgamento no Tribunal do Júri, só será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que tenha sido juntado aos autos com antecedência mínima de três dias úteis, prazo no qual deve ocorrer a ciência da parte contrária, o que não ocorreu no caso. No mérito, sustenta que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, na medida em que se amparou apenas nos elementos informativos coligidos na fase inquisitorial, pelo que postula a anulação do julgamento.

Processado e contrarrazoado o recurso (fls. 637/654), a d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo não acolhimento da preliminar arguida e, no mérito, pelo improvimento da apelação (fls. 658/664).

Opõe-se a defesa ao julgamento virtual do feito (fls. 666).

É o relatório.

2. Não vinga o reclamo. Na linha do que se segue.

Acesso ao Sumário

3. A denúncia (fls. 02D/04D) foi vertida nos seguintes termos:

"Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 28 de abril de 2000, por volta das 09:00 horas, no interior da residência situada na Rua Paula Bueno, n.º 2820, Jardim Alvorada, nesta cidade e Comarca, ***D. M. P.****, qualificado em declarações a fls. 24/26, com ânimo homicida, prevalecendo-se de relações de coabitação, matou M. M., através de disparo de arma de fogo, provocando-lhe os ferimentos que foram a causa efetiva de sua morte (laudos de exame necroscópico acostados a fls. 29/32 e 62).*

Apurou-se que o denunciado e a vítima viviam em união estável e coabitavam a mesma casa.

No dia dos fatos, ***D.****, sabedor de que sua companheira o havia traído com a testemunha F. e estava de malas prontas para ir embora de casa, portando uma arma de fogo, dirigiu-se até o quarto do casal, localizado no piso superior do imóvel, e efetuou disparo em direção da vítima, atingindo-a na cabeça. Ato contínuo, o denunciado colocou, ao lado de M., que estava caída em decúbito lateral esquerdo em cima da cama, um revólver da marca Taurus, numeração raspada, calibre 38, posicionando a arma entre as mãos, que estavam fora da cama, e os joelhos da ofendida, evadindo-se.*

A polícia militar foi acionada por vizinhos que ouviram o disparo. Os milicianos diligenciaram até o local dos fatos, logrando encontrar a vítima M. ainda com vida, sendo esta encaminhada à Santa Casa local, onde faleceu.

Indagado acerca dos fatos, o denunciado afirmou que chegava em casa quando ouviu o disparo, entregando, posteriormente, à polícia um revólver de sua propriedade da marca Taurus, número 2135415, calibre 38.

Realizado laudo de confronto balístico entre a arma encontrada no local do crime, a arma pertencente a ***D.*** *e o estojo encontrado sobre o travesseiro onde estava a vítima, constatou-se que o disparo que a atingiu proferiu da arma de propriedade do denunciado e não daquela encontrada no local dos fatos (fls. 151/152). Realizado exame residuográfico, identificou-se partículas metálicas provenientes de disparo de arma de fogo na mão esquerda do denunciado (fls. 45/47).*

(...)."

4. Sem razão a alegação de cerceamento de defesa pela exibição aos jurados, pelo Ministério Público, de armamento similar à arma do crime.

Conforme observou o douto magistrado, **"há requerimento ministerial para a exibição de arma de fogo desde aberta a fase do artigo 422 do CPP, de modo que não se pode falar em surpresa para a defesa"** (fls. 506).

Com efeito, em 18 de dezembro de 2020, o Ministério Público requereu a exibição em Plenário, aos jurados, das armas de fogo e munições apreendidas (fls. 388v).

A defesa, inclusive, também pleiteou, em 26 de agosto de 2021, a exibi-

Acesso ao Sumário

ção, em Plenário, das armas de fogo e munições apreendidas às fls. 04, 05 e 35 (fls. 392/293).

Em 02 de agosto de 2023, constatou-se que as duas armas apreendidas nos autos foram destruídas (fls. 466).

Diante do ocorrido, o douto magistrado entendeu não haver prejuízo na apresentação de armamento similar apreendido em feito diverso (fls. 467).

Dado esse cenário, não há que se falar em ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, nem ao disposto no artigo 479 do Código de Processo Penal.

Segundo ensina **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**, ao tratar da exibição da arma do crime ou de outra qualquer durante o julgamento pelo Tribunal do Júri, **"se ela se encontra apreendida e disso as partes têm ciência, é natural que possa ser exibida em plenário, pois é peça constante nos autos. Não precisa a parte comunicar a outra que vai exibir aos jurados a arma do delito. Por outro lado, desejando a parte exibir uma arma semelhante à arma do crime, não apreendida nos autos, pode fazê-lo, livre das amarras do art. 479, pois não é documento, nem objeto, relativo a fato do processo. Seria o mesmo que mostrar aos jurados uma reportagem de crime violento similar ao imputado ao réu, somente para reforçar algum tipo de argumento"** (Código de Processo Penal Comentado, São Paulo: RT, 10ª edição, 2011, p. 865).

Além disso, **"a violação ao art. 479 do Código de Processo Penal - CPP, conforme precedentes, acarreta nulidade relativa, devendo ser alegada oportunamente e demonstrado o efetivo prejuízo" (STJ, AgRg no AREsp n. 1.473.832/DF, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 22/9/2020, DJe de 30/9/2020).**

No caso em tela, para os fins a que se destinava, tanto fazia a exibição da arma de fogo apreendida ou de uma similar.

Tal fato, ademais, foi esclarecido aos jurados (fls. 508).

Assim, não restou demonstrado prejuízo para a defesa.

Oportuno salientar que, conforme tem enfatizado o **Supremo Tribunal Federal**, nos quadros do processo penal, não se declara a invalidade sem comprovação de prejuízo, ainda que se cuide de nulidade absoluta (**STF, HC nº 81.510, relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 11/12/2011, DJ 12/04/2002, HC nº 85.155-0, relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 22/03/2005, DJ 15/04/2005; RHC nº 123.890 AgR, relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 95/05/2015, DJ 18/05/2015; RHC nº 122.467, relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 03/06/2014, DJ 04/08/2014; ARE nº 868.516 AgR, relator Ministro Roberto Barroso, julgado em 26/05/2015, DJ 23/06/2015; HC nº 210.548 AgR, relator Ministro Roberto Barroso, julgado em 11/04/2022, DJ 22/04/2022, entre outros**).

Acesso ao Sumário

5. Por sua vez, não é caso de anulação do julgamento, eis que a decisão

dos jurados **não** é manifestamente contrária à prova dos autos.

Em matéria de Tribunal do Júri, o sistema recursal deve ser pautado pelo princípio constitucional da soberania dos veredictos (artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "d", da Carta Magna). Daí porque **GUILHERME DE SOUZA NUCCI** recomenda cautela redobrada na anulação das decisões do júri, **"para não transformar o tribunal togado na real instância de julgamento dos crimes dolosos contra a vida"** (Código de Processo Penal Comentado, RT, 9ª edição, p. 975).

Nesta esteira, cuidando da hipótese prevista no artigo 593, inciso III, alínea "d", do Código de Processo Penal, **JOSÉ FREDERICO MARQUES** leciona ser necessário 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 convicção 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'"** (Elementos de Direito Processual Penal, vol. IV, Bookseller, 1.997, p. 233). No mesmo sentido a anotação de **DAMÁSIO DE JESUS**, forte em orientação jurisprudencial (Código de Processo Penal Anotado, Saraiva, 25ª edição, p. 525).

E não se tem, na espécie, um cenário desse tipo - a ensejar a declaração de invalidade do julgamento.

A materialidade do delito acha-se positivada pelo boletim de ocorrência (fls. 03); autos de exibição e apreensão (fls. 04, 05 e 35); laudo pericial relativo ao exame dos cartuchos (fls. 14/15); laudos de exame necroscópico, que constataram **"2 orifícios de ferimento pérfuro contundente no segmento cefálico, um de entrada (OE) e outro de saída (OS). OE - 17 mm com marca do cano da arma, região temporal à direita. OS - 15 mm bordas evertidas e em estrela região temporal à esquerda"** (fls. 29/32 e 62); laudo de exame residuográfico, que revelou que a mão direita da vítima continha partículas metálicas provenientes de disparo de arma de fogo (fls. 42/44); laudo de exame residuográfico, que verificou que a mão esquerda do acusado continha partículas metálicas provenientes de disparo de arma de fogo (fls. 45/47); laudo pericial relativo ao exame do local dos fatos e da arma de fogo, que observou: **(i)** que a arma se apresentava impregnada de substância hematóide; **(ii)** que, no interior do tambor, foi encontrado um cartucho deflagrado; **(iii)** que a arma apresentava plenas condições técnicas para a realização de disparos e **(iv)** que a pesquisa de íon nitrito, oriundo da combustão da pólvora, resultou positiva (fls. 48/55); laudo pericial relativo ao exame da arma de fogo n.º 2135415, pertencente ao

Acesso ao Sumário

réu (fls. 56/57); laudo pericial relativo ao exame da arma de fogo apreendida no local dos fatos (fls. 115/116) e laudo de exame de balística, que concluiu que, entre as duas armas apreendidas, **"o estojo questionado fora percutido pelo revólver de n.º 2135415 acima descrito e ora questionado"** (fls. 151/152).

Por sua vez, existem dados probatórios a indicar que o acusado foi o autor da conduta descrita na denúncia

C. C. C., no sumário da culpa (fls. 232/236), informou que o acusado foi até o seu comércio negociar um veículo. Posteriormente, **D.** saiu e, quando retornou, falou "*socorro que tem alguma coisa lá na minha casa (...) acho que mataram minha mulher*". Foi até a residência e viu a vítima ferida.

Em juízo (mídia de fls. 520), narrou que, na data do ocorrido, **D.** foi lhe procurar no estabelecimento comercial, no período da manhã, para vender seu veículo, pois estava se separando da mulher. Como o carro estava financiado, o acusado ficou de ir buscar os documentos na sua residência. O réu deixou o automóvel e foi a pé. Cerca de dez minutos depois, **D.** apareceu no local com o seu filho dizendo que a sua mulher havia se matado. Foi até a residência e encontrou a vítima ainda viva, tendo pedido que alguém acionasse o resgate.

M. L. M. da S., irmã do acusado, na fase policial (fls. 65/66), relatou que, na ocasião, estava com sua mãe e sua cunhada E., no corredor da residência, quando ouviu um barulho semelhante a disparo de arma de fogo vindo da casa da M.. Foi até o local e, no quarto, encontrou a vítima ferida, deitada de lado na cama. Sobre a cama, próximo da ofendida, havia uma arma de fogo. Em seguida, N. ingressou no quarto, aproximou-se da irmã, pegou a arma de fogo e a colocou no chão. Informou que seu irmão é canhoto.

No sumário da culpa (fls. 237/241), confirmou que ouviu o barulho, correu, entrou na casa da vítima e a viu com o revólver, deitada. Reiterou que viu a vítima com o revólver do lado. Afirmou que a irmã da ofendida tirou a arma de perto dela e jogou no chão.

Em juízo (mídia de fls. 520), disse que, na época, estava na casa da sua genitora, ao lado da residência da vítima. Por volta das 09 horas, escutou um "tiro" e foi imediatamente até o quarto da ofendida. Levou cerca de dois minutos. Foi a primeira pessoa a entrar no quarto e encontrou a vítima deitada e o revólver, no seu ouvido. E. e sua mãe chegaram depois. Não havia mais ninguém na casa. **D.** chegou depois. N., após ser avisada por E., ingressou no quarto, tirou a arma da cabeça da irmã e jogou no chão.

E. A. J. M., cunhada do réu, em juízo (mídia de fls. 520), contou que, na data dos fatos, estava na casa da sua sogra quando ouviu um disparo de arma de fogo. Sua cunhada M. L. saiu correndo e ingressou na residência da vítima, bem como no quarto. Foi atrás, mas logo saiu para chamar a irmã da ofendida, N., que trabalhava nas proximidades. Voltou com N., mas não entrou no quarto. **D.** não se encontrava no local, pois havia ido a um mercado.

Acesso ao Sumário

O policial civil **J. B. U. N.**, no sumário da culpa (fls. 228/231), informou ter localizado várias munições de calibre 38 no veículo do réu. Contou que, ao ser indagado, o acusado disse que "*vinha vindo do comércio quando ele ouviu os disparos; ele estava no corredor, na parte da frente da casa; ele correu pra fora*". Havia duas malas com roupas da vítima na sala.

Em juízo (mídia de fls. 520), relatou não se recordar dos fatos.

L. F. Z., no sumário da culpa (fls. 271), informou que a vítima demonstrava interesse por ele e, quando descobriu que ele iria ser pai, *"tomada por ciúmes"*, agrediu-o com um cabo de rodo. Defendeu-se atingindo a ofendida com um chute. Posteriormente, o acusado, portando uma arma de fogo na cintura, foi até a empresa saber sobre o ocorrido. Entregou-lhe uma carta enviada pela vítima, na qual ela dizia que ele era bonito e gostaria de sair com ele. Logo após o ocorrido, mudou-se para Poços de Caldas. Negou ter tido relações sexuais com a ofendida.

No sumário da culpa, os guardas municipais **L. C. B.** (fls. 220/223) e **L. C. D.** (fls. 224/227) narraram que, na ocasião, viram o corpo e a arma no chão. O guarda L. C. acrescentou que a irmã da vítima lhe disse que colocou a arma no chão. L. C. contou também que, ao revistar o veículo do acusado, localizou algumas "*balas de revólver 38*". Disse, ainda, que o réu "*falou que tinha tido uma arma, mas não tinha mais*".

M. F. V. da C., perante a autoridade policial (fls. 17), disse que, na data dos fatos, foi atrás da N. (até a casa da ofendida). Ao chegar no quarto, viu que a vítima estava deitada em uma cama, "em decúbito lateral esquerdo", com as pernas dobradas. Entre os joelhos e as mãos de M., sobre a cama, havia um revólver. Havia bastante sangue na região da cabeça. Neiva, ao ver a irmã ferida, pegou o revólver e o colocou no chão. Cerca de vinte minutos depois, o resgate chegou.

No sumário da culpa (fls. 216/219), contou que, ao chegar ao quarto, viu a vítima morta com a arma na mão. A irmã da vítima pegou a arma e a largou no chão. M. tinha se demitido na quarta-feira e disse que iria trabalhar em outra cidade. Declarou não se lembrar em que mão estava a arma.

N. M., irmã da vítima, na fase extrajudicial (fls. 18), declarou que a vítima lhe disse ter tido um relacionamento extraconjugal com F.. Contou que F. e sua irmã brigaram e F. contou ao acusado sobre o relacionamento amoroso. Na quarta-feira, estava com a ofendida quando **D.** chegou, pegou uma arma de fogo, tipo revólver, que estava guardada em um armário, e lhe disse que "*era para rezar muito, pois M. havia passado por uma agulha daquele revólver*". O réu falou o mesmo para M.. Na quinta-feira, ao meio-dia, viu M. chorando no bar pertencente ao réu, que ficava na frente da residência e se encontrava fechado. Logo depois, **D.** a chamou, pois a vítima estava desacordada, tendo constatado que ela exalava forte cheiro de bebida alcoólica. M. foi levada ao hospital

Acesso ao Sumário

e retornou a casa no período noturno. Na sexta-feira, por volta das 07 horas da manhã, encontrou M. no quarto, tendo ela lhe dito que iria com o filho para o Paraná. A bolsa de viagem já estava pronta. Entre 9h15 e 9h30, E., cunhada do acusado, apareceu no seu trabalho e lhe disse que M. havia tentado se matar. Foi até o quarto e encontrou sua irmã deitada na cama, sobre o lado esquerdo do corpo, com as pernas dobradas e as mãos penduradas para fora da cama. Sobre a cama, entre os joelhos e as mãos da vítima, havia um revólver. M. estava sangrando na região da cabeça. Pegou a arma e colocou no chão.

O **acusado**, na fase inquisitiva (fls. 24/26), negou a imputação e alegou que M. e ele estavam juntos há, aproximadamente, doze anos e que, recentemente, soube que M. havia tido um "relacionamento amoroso" com F.. M., em um primeiro momento, quis ir para o Paraná, mas depois resolveu ficar. No dia 27 de abril, encontrou M. desacordada, no bar, e a levou ao hospital. Após ter alta, M. afirmou estar arrependida. Na data dos fatos, conversou com M. e disse para ela ir para a casa do irmão, no Paraná. Em seguida, foi negociar a venda do seu veículo Fiat Palio, financiado, com C., proprietário de um supermercado, e, ao perceber que estavam faltando alguns documentos, retornou à residência. Declarou que estava no portão da entrada quando ouviu um estampido semelhante a disparo de arma de fogo. Gritou para que sua irmã L. e sua cunhada E., que estavam na casa ao lado, fossem verificar o que tinha acontecido. As duas subiram, enquanto ele permaneceu fora do imóvel, pois ficou com medo de ser responsabilizado pelo ocorrido. L. o informou que M. havia atirado contra si, na cabeça. A arma de fogo encontrada no local não era de sua propriedade, pois a sua estava na residência do inquilino I.. Contou que mentiu aos policiais sobre a propriedade dos cartuchos encontrados no seu automóvel porque não queria entregar sua arma de fogo. Posteriormente, resolveu entregar a arma após sofrer ameaças de morte.

No sumário da culpa (fls. 170/171), relatou que, após saber que a vítima tinha um caso amoroso com F., na segunda-feira, saiu da residência e foi morar com sua genitora e sua irmã. Afirmou que "*não conversava com a vítima e esta ficava o tempo todo trancada no quarto. Na sexta-feira, a vítima chegou a sair com o carro e retornou à casa*". Foi ao mercado negociar a venda do seu automóvel com C. quando foi avisado, pela mãe e irmã, que a vítima teria se suicidado.

Em juízo (mídia de fls. 520), negou novamente a acusação e contou ter descoberto a traição da sua mulher na semana da sua morte. Disse que, no início da semana, a vítima lhe disse que F. a havia agredido no trabalho. Foi com ela até a empresa, armado, ocasião em que F. lhe falou que a ofendida e ele tinham um caso há mais de um ano, bem como lhe mostrou algumas cartas. Retornou à residência e resolveu se separar. Sugeriu que a vítima fosse para o Paraná, visitar sua mãe. M. foi até a rodoviária na terça-feira, mas desistiu de embarcar,

Acesso ao Sumário

pois não queria deixar o filho. Na quarta ou quinta, a ofendida foi até o seu bar e ingeriu bebida alcoólica, ficando desacordada. Levou M. ao hospital e ela teve alta no mesmo dia. Na sexta-feira, foi até o C. para vender o carro. Como o veículo era financiado, foi buscar o carnê a pé, na sua residência. Em cinco minutos, retornou com os documentos e estava conversando com C. quando alguém o chamou dizendo que sua mulher havia se matado. Não subiu até o quarto. Tinha um revólver, calibre 38, para se proteger. Deixava a arma, municiada, no bar. No dia do ocorrido, o revólver estava na residência do seu inquilino. A arma de fogo que estava no quarto não era sua. Teve um desentendimento com N., irmã da vítima, por acobertar a traição de M.. Não leu o depoimento que assinou na delegacia. Viu, contudo, que, à medida que falava, o escrivão datilografava.

Diante do exposto, a decisão hostilizada não pode ser qualificada, sob a óptica processual, como totalmente desarrazoada, de tal arte que a pretensão de anulação do veredicto não reúne condições de prosperar.

Com efeito, **existem elementos de prova (conquanto indiciários) em prol da acusação: (a)** o fato de o acusado ter apresentado relatos divergentes sobre os fatos (acerca da dinâmica dos acontecimentos) - que, inclusive não combinam com a narrativa da testemunha C. C.; **(b)** o relato de L. F. no sentido de que o apelante o procurou armado; **(c)** a declaração da irmã da vítima de que, dias antes, o acusado havia proferido dizeres ameaçadores em relação à vítima; **(d)** a circunstância de o réu ter, num primeiro momento, omitido a existência da arma com a qual foi efetuado o disparo que matou a vítima e **(e)** o resultado positivo do exame residuográfico em uma mão do acusado (a mão esquerda, havendo notícia de que é canhoto).

Sabe-se que a opção dos jurados por uma das versões verossímeis existentes nos autos - ainda que não seja a melhor decisão - não dá azo à anulação do julgamento por manifesta contrariedade à prova dos autos (**JULIO FABBRINI MIRABETE**, Código de Processo Penal Interpretado, Atlas, 11ª edição, págs. 1.488, 1491/1.492, com citação de farta jurisprudência, nesta linha).

6. A pena não comporta alteração.

A pena-base foi estabelecida no mínimo legal, ou seja, em 06 anos de reclusão.

Na fase seguinte, exasperou-se a reprimenda em **1/6**, pela presença do artigo 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal, "*já que os fatos ocorreram em razão das relações domésticas e familiares que o acusado e vítima mantinham*" (fls. 510), resultando em **07 anos de reclusão**.

Sanção que se transmudou em definitiva dada a ausência de causas de aumento e diminuição de pena.

Por fim, diante da pena privativa de liberdade imposta, fixou-se o **regime prisional semiaberto.**

7. A terminar, no tocante à questão do prequestionamento, agitada ao fim

Acesso ao Sumário

das razões recursais, anote-se que, endossando orientação que já vinha da algum tempo, em matéria de motivação de decisões judiciais, o **Plenário do Supremo Tribunal Federal** assentou que **"o artigo 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" (Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 791.292, relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 23.06.2010).**

No mesmo sentido, assentou o **Superior Tribunal de Justiça** que **"nos termos da jurisprudência desta Corte, o órgão julgador não é obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pelas partes, mas somente sobre aqueles que entender necessários para o julgamento do feito, de acordo com seu livre convencimento fundamentado, não caracterizando omissão ou ofensa à legislação infraconstitucional o resultado diferente do pretendido pela parte" (AgRg no AREsp nº 361.053, relator Min. Moura Ribeiro, julgado em 03.10.2013).**

Com efeito, **"o órgão colegiado não está obrigado a repelir todas as alegações expendidas no recurso, pois basta que se atenha aos pontos relevantes e necessários ao deslinde do litígio e adote fundamentos que se mostrem cabíveis à prolação do julgado, ainda que, relativamente às conclusões, não haja a concordância das partes" (AgInt no AREsp nº 2.094.099, relator Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 13.02.2023).**

Nem cabe exigir que a decisão judicial examine a causa à luz dos dispositivos legais e constitucionais invocados pela parte. Com efeito, **"o magistrado não está obrigado a responder, pormenorizadamente, as questões trazidas, citando os dispositivos legais e constitucionais invocados pelo recorrente se já decidiu a questão sob outros fundamentos" (STJ, AgRg no REsp nº 1.220.895, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 27.08.2013).**

8. Ante o exposto, **rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso, mantendo, na íntegra, a r. sentença.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1517988-04.2023.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes V. DE S. S., B. T. B. M. e A. M. B. M., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastaram a matéria preliminar e negaram provimento aos recursos das defesas, mantendo-se, a r. sentença, por

Acesso ao Sumário

seus próprios fundamentos. V.U. Sustentou oralmente a Exma. Advogada Dra. Álary Beatriz Fonseca de Oliveira e fez uso da palavra o Exmo. Procurador de Justiça Dr. Francisco José Taddei Cembranelli.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.908)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO SALE JÚNIOR (Presidente) e CHRISTIANO JORGE.

São Paulo, 24 de julho de 2024

ELY AMIOKA, Relatora

Ementa: Apelação Criminal - Roubos majorados - Sentença condenatória pelo Art. 157 § 2º, II, por duas vezes, na forma do artigo 70, ambos do Código Penal. Recursos defensivos de A.M.B.M. e B.T.B.M. - Requerimento de reconhecimento de nulidade do feito, sob o argumento de que a r. sentença não está fundamentada. No mérito, buscam os réus a absolvição por insuficiência probatória. Pedidos subsidiários de desclassificação para o delito de furto, fixação das penas no mínimo legal e fixação de regime inicial mais brando. Pede-se, ainda, o recurso em liberdade e a concessão dos benefícios da Justiça gratuita.

Recurso defensivo de V.D.S.S. - Pleito de desclassificação para o delito de furto. Requerimento de reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea, compensando-a com a circunstância agravante da reincidência. Pedido de fixação de regime inicial mais brando.

Preliminar afastada - Inexistência de nulidade na r. sentença. Alegação de fundamentação genérica - Inocorrência - Elementos suficientes para a condenação dos réus, bem justificada, assim como a dosimetria de suas reprimendas.

Materialidade e autoria devidamente comprovadas - Autos demonstraram que os réus reduziram a possibilidade de resistência das vítimas, mediante dopagem com o emprego de substância química psicoativa oculta introduzida em bebidas oferecidas às vítimas - Golpe do "Boa noite, Cinderela" - Depoimentos seguros das vítimas e testemunhas, que descreveram os fatos com riqueza de detalhes. Versões dos réus em juízo restaram divorciadas do conjunto probatório -

Acesso ao Sumário

De rigor a manutenção da condenação.
Dosimetria - Penas-base fixadas acima do mínimo legal, justificadamente. Na segunda fase, mantida a redução da reprimenda de A.M.B.M., em razão da circunstância atenuante da menoridade relativa. Mantido o aumento da reprimenda de V.D.S.S., em razão da circunstância agravante da reincidência específica - Inviável o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea. Na derradeira etapa, presença da causa de aumento referente ao concurso de agentes.
Considerada a prática de dois crimes de roubo, em concurso formal.
Regime inicial fechado mantido. Alta reprovabilidade da conduta dos réus, que praticaram o delito em concurso de agentes, mediante emprego de substância psicoativa para reduzi-las à incapacidade de resistência, o que lhes causou risco de vida. Regime inicial menos rigoroso que não se mostraria suficiente para desestimular a prática de novos crimes.
Recurso em liberdade - Manutenção da prisão dos réus que foi suficientemente fundamentada. Réus que permaneceram presos durante a instrução, não fazendo sentido que sejam colocados em liberdade após a prolação de sentença condenatória, ocasião em que está mais evidenciada a culpabilidade dos acusados.
Preliminar afastada
Recursos das defesas desprovidos.

VOTO

Ao relatório da r. sentença[1] de fls. 498/522, prolatada pela MMª. Juíza de Direito Dra. Leticia de Assis Bruning, ora adotado, acrescento que:

I) V.D.S.S. foi condenado ao cumprimento de 11 anos e 21 dias de reclusão, em regime inicial **fechado**, bem como ao pagamento de 25 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no artigo 157, § 2º, II, c.c. artigo 70, caput, ambos do Código Penal;

II) A.M.B.M. foi condenado ao cumprimento de 06 anos, 10 meses e 28 dias de reclusão, em regime inicial **fechado**, bem como ao pagamento de 15 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no artigo 157, § 2º, II, c.c. artigo 70, caput, ambos do Código Penal;

Acesso ao Sumário

1 Sentença publicada em 24/10/2023 (fls. 523).

III) B.T.B.M. foi condenado ao cumprimento de 08 anos, 03 meses e 16 dias de reclusão, em regime inicial **fechado**, bem como ao pagamento de 19 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no artigo 157, § 2º, II, c.c. artigo 70, caput, ambos do Código Penal;

Indeferido o recurso em liberdade.

Não houve recurso Ministerial[2].

Inconformados, **apelaram os réus**.

Os **réus A.M.B.M.** e **B.T.B.M.** buscam o reconhecimento da nulidade da sentença por ausência de fundamentação. No mérito, pugnam por suas absolvições por insuficiência probatória. Subsidiariamente, requerem a desclassificação do delito de roubo para o de furto, aduzindo que não foi realizado exame pericial nas vítimas para comprovação da ingestão de substância química psicoativa. No mais, pedem a fixação da pena no mínimo legal e a imposição de regime mais brando. Por fim, requerem a concessão da gratuidade da justiça e o direito e recorrer em liberdade (fls. 538/567 e 568/597).

Por fim, o **réu V.D.S.S.** requer a desclassificação do crime de roubo para o de furto. Pede, ainda, o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão, compensando-a com a circunstância agravante da reincidência, bem como a imposição de regime inicial mais brando (fls. 603/613).

Processados os recursos, com contrarrazões do Ministério Público às fls. 616/626, os autos subiram a esta E. Corte de Justiça.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo **desprovimento** dos apelos (fls. 470/476).

É o relatório.

Da Preliminar

Embora não alegado como matéria preliminar, a Defesa de **A.M.B.M.** e **B.T.B.M** sustenta a nulidade da r. sentença, argumentando que a fundamentação adotada teria sido genérica.

Sem razão, entretanto.

Note-se que, no caso dos autos, a MMª. Juíza sentenciante, além de indicar os elementos de prova suficientes para a condenação dos ora apelantes, apreciando as questões apresentadas pelas partes quando da prolação da r. sentença, também apresentou motivação idônea no momento da dosimetria da pena, conforme se verá adiante.

Não se verifica, portanto, violação ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, devendo ser afastada tal preliminar.

Afastada, portanto, a matéria preliminar arguida, passo à análise do mérito dos recursos.

Do Mérito

Narra a denúncia:

2 Trânsito em julgado aos 30/10/2023 (fls. 628).

"Consta dos inclusos autos de inquérito policial que na madrugada do dia 09 de abril de 2023, em diversos sítios existentes no trajeto entre a Praça Benedito Calixto, numeral ..., bairro Pinheiros e a Rua da Consolação, nº ..., bairro Jardins, bem como no interior do apartamento de número ... situado neste último endereço, nesta cidade e comarca da Capital, **V.D.S.S.**[3], qualificado a fls. 54, **A.M.B.M.**[4], qualificado indiretamente a fls. 66 e **B.T.B.M.**[5], qualificado indiretamente a fls. 69, previamente ajustados, agindo em concurso e unidade de desígnios entre si, agindo em concurso formal de infrações penais caracterizado pela investida criminosa contra patrimônio pertencente a vítimas distintas, após reduzirem a possibilidade de resistência de T.J.C. e M.R.G., mediante dopagem com o emprego de substância química psicoativa "oculta" introduzida em bebida oferecida às referidas vítimas na casa noturna de nome fantasia "...", localizada na Praça Benedito Calixto, ..., Pinheiros, em São Paulo/SP, subtraíram, para proveito comum, 02 (dois) cintos da marca *Louis Vuitton*, 01 (um) porta passaportes e 01(uma) caneta, ambos da marca *Montblanc*, 02 (duas) bolsas, sendo uma da marca *Louis Vuitton*, 02 (dois) fones de ouvido da marca *Apple*, 25 (vinte e cinco) cartões bancários, 01 (um) relógio de pulso da marca *Apple*, 01 (um) par de óculos de sol da marca *Louis Vuitton*, 01 (um) frasco de perfume importado da marca *Chanel*, US$15.000,00 (quinze mil dólares) em criptomoeda denominada bitcoin, 02 (dois) aparelhos celulares da marca *Apple*, modelo IPhone 12 e 14, 01 (uma) pasta/maleta da marca *Louis Vuitton*, 01 (uma) mochila da marca *Louis Vuitton* e 03 (três) carteiras, uma da marca *Montblanc* e duas da marca *Louis Vuitton*, itens parcialmente avaliados em R$400.000,00 (quatrocentos mil reais) a fls. 70/71, além do valor total de R$9.549,34 (nove mil, quinhentos e quarenta e nove reais e trinta e quatro centavos) decorrente de compras com cartão bancário, e uma cédula da Tunísia, em prejuízo da vítima T.J.C., bem como 01 (um) cartão bancário, R$ 2.000,00 (dois mil reais) em espécie e o valor de R$ 1.350,00 (mil, trezentos e cinquenta reais) oriundo de compras efetuadas com cartões bancários pertencentes à vítima M.R.G.

Segundo o apurado, os denunciados se ajustaram previamente, visando praticarem a modalidade delitiva de roubo, conhecida como "*golpe do boa noite cinderela*".

Assim foi que, na ocasião dos fatos, os denunciados visualizaram as citadas vítimas na fila de entrada na casa noturna denominada "...", localizada na Praça Benedito Calixto, ..., Pinheiros, nesta Capital e, de forma dissimulada, delas se aproximaram, iniciando conversa amistosa

Acesso ao Sumário

3 Nascido aos 17/11/2000 (fls. 54/57).
4 Nascido aos 22/06/2002 (20 anos na data dos fatos fls. 66/67).
5 Nascido aos 25/02/2000 (fls. 68/69).

e supostamente despretensiosa, inclusive em língua estrangeira (inglês), contexto em que até tiraram "selfie" com os ofendidos M.R.G. e T.J.C., conforme fotografia acostada a fls. 59 do procedimento cautelar.

A seguir, os denunciados ofereceram drinks a M.R.G. e T.J.C., os quais, por não ingerirem bebidas alcóolicas, inicialmente recusaram.

Contudo, em nova investida criminosa, os denunciados, que a todo momento se "revezavam" para não "perderem as vítimas de vista", inclusive acompanhando-as até quando se dirigiam ao sanitário do estabelecimento, surgiram com embalagens de água e energéticos, já abertas, em cujo interior haviam introduzido substância química psicoativa "oculta" (princípio ativo não apurado), e ofereceram maliciosamente tais bebidas "batizadas" às vítimas que, sem nada desconfiarem, as aceitaram e consumiram.

As vítimas, portanto, ingeriram as bebidas "batizadas" pelos denunciados com a substância psicoativa e, minutos depois, já dopados, com o limiar de consciência comprometido e com suas capacidades de raciocínio, crítica e resistência reduzidas, suscetíveis a eventuais comandos proferidos por outras pessoas (efeitos característicos das drogas utilizadas nos golpes do "boa noite Cinderela"), na companhia dos indiciados, ingressaram no automóvel de T.J.C, o qual, induzido pelos roubadores, dirigiu rumo ao seu apartamento de número ..., sito à Rua da Consolação, numeral ..., bairro Jardins, nesta Capital (um dos criminosos ingressou no assento dianteiro do passageiro, ao passo que os demais denunciados seguiram no assento traseiro na companhia de M.R.G.), tendo todos finalizado o percurso a bordo de um veículo de transporte por aplicativo (Uber), pois o pneu do automóvel de T.J.C. furou no caminho e também porque aquele já não conseguia mais dirigir.

Insta consignar que, no trajeto, aproveitando-se do estado de consciência comprometida dos ofendidos, conforme acima descrito, os denunciados subtraíram cartões bancários de ambas as vítimas, com os quais fizeram saques em caixa eletrônico (cartão de M.R.G.) e compras em estabelecimentos e lojas de conveniência (cartões de M.R.G. e T.J.C.), sendo os principais comércios beneficiados Posto Agulhas Negras, TonCicera Teixeira e Hamburgueria e Choperia VIP (conforme consta da relação de fls. 65 do procedimento cautelar de nº 1518587-40.2023.8.26.0050).

A chegada e o ingresso dos denunciados ao apartamento de T.J.C., na companhia das vítimas, foram registrados pelo sistema de monitoramento de câmeras do prédio da vítima (imagens acostadas a fls.61/64 da cautelar), que captou as imagens e a fisionomia dos roubadores.

Nesse esteio, aproveitando-se do período de consciência reduzida das vítimas e sua incapacidade de raciocinar adequadamente e compreen-

Acesso ao Sumário

der o que se passava, as quais, aliás, nessa fase da empreitada já tinham praticamente perdido os sentidos em razão da droga a elas ministrada, os denunciados subtraíram diversos bens e valores do ofendido T.J.C., então existentes em seu apartamento, dentre eles, aparelhos celulares, fones de ouvido, bolsas, cintos, perfumes, canetas etc., todos de marcas internacionais renomadas e de altos valores agregados, bem como montantes em espécie (dólares), criptomoedas e reais, além de cartões bancários e cédula de país estrangeiro (uma cédula da Tunísia), tal como pormenorizadamente inventariado alhures.

Após, na posse destes bens e valores, os denunciados evadiram-se do apartamento de T.J.C., deixando as vítimas desacordadas no local.

Na manhã seguinte, após retomarem a consciência, T.J.C. e M.R.G. perceberam que haviam sido dopados e roubados pelos denunciados, mediante "*o golpe do boa noite Cinderela*", razão pela qual procuraram a sede policial e registraram os fatos, ambos mencionando os prejuízos percebidos, e apresentando T.J.C. a relação dos gastos realizados com seus cartões bancários quando dos fatos, os quais alegou não reconhecer (fls. 64 do procedimento cautelar).

Por meio de investigações, policiais civis descortinaram o *modus operandi* empregado pelos denunciados. Nesse contexto, diligenciaram até a casa noturna "Euphoria" e, com o auxílio do gerente do estabelecimento supracitado, obtiveram uma lista dos frequentadores do local (fls. 58/59 do procedimento cautelar) no dia dos fatos, possibilitando, assim, o cruzamento com os demais elementos informativos, dentre eles a fotografia do tipo "selfie" tirada pelas vítimas com os denunciados (fls. 59 do procedimento cautelar), e as imagens captadas pela câmera de segurança do prédio de T.J.C. (fls. 61/64 da cautelar), circunstâncias que possibilitaram a identificação dos indiciados V.D.S.S., A.M.B.M. e B.T.B.M. (fls. 60; 62 e 63 do procedimento cautelar) como autores dos crimes, sendo certo que os três denunciados foram reconhecidos fotograficamente (fls. 13/18 e fls. 21/27 do presente), e V.D.S.S., o único preso, pessoalmente (fls. 49e 50 do presente) pelas vítimas.

Em continuidade às diligências, apuraram os policiais (conforme relatório de investigação de fls. 57/69 do procedimento cautelar), que B.T.B.M. e A.M.B.M. tinham cadastrado como endereço residencial a mesma rua daquela da Hamburgueria e Choperia Vip, situada na Rua do Glicério, ... – Liberdade - São Paulo, onde houve a realização de operações em valores altos (com o cartão da vítima T.J.C.) nas máquinas do estabelecimento (que foram apreendidas pelos policiais - fls. 76), como R$ 4.888,56 (quatro mil, oitocentos e oitenta e oito reais e cinquenta e seis centavos) e R$ 3.452,39 (três mil, quatrocentos e cinquenta e dois

Acesso ao Sumário

reais e trinta e nove centavos), a indicar a natureza ilícita das operações (fls. 64/66 cautelar), bem como a evidenciar que os denunciados não se encontraram por mero acaso na casa noturna, sendo evidente que já se conheciam (eram praticamente vizinhos) e que haviam se associaram previamente à prática do delito ora apurado.

Os policiais descobriram que o estabelecimento estaria registrado em nome dos sócios ..., CPF ... e ..., CPF ..., o qual, em declarações prestadas a fls. 52/53 do presente, alegou desconhecer os denunciados, aduzindo nada saber acerca do roubo ora investigado.

Nesse contexto e, diante dos irrefutáveis indícios de autoria, deu-se cumprimento aos mandados de prisão temporária e de busca e apreensão na residência de V.D.S.S., conforme fls. 37/44 do presente (os demais denunciados B.T.B.M. e A.M.B.M. não foram detidos, porque não localizados nos endereços cadastrados), ocasião em que lá foram encontrados itens de marcas de luxo, sendo parte deles objetos subtraídos da vítima T.J.C., notadamente a cédula da Tunísia, o frasco de perfume Chanel e o celular IPhone, e a ela restituídos após reconhecimento (auto de exibição, apreensão e entrega de fls. 33/34; auto de reconhecimento de objeto a fls. 72 do presente).

Houve a conversão da prisão temporária dos denunciados em preventiva (fls. 95/100 do presente). Mandados ainda pendentes de cumprimento em relação a A.M.B.M. e B.T.B.M., ambos foragidos atualmente em local incerto e não sabido.

Interrogado acerca dos fatos e formalmente indiciado, V.D.S.S. silenciou (fls. 54).

Procedeu-se ao indiciamento indireto de A.M.B.M. e B.T.B.M. a fls. 66 e 69 do presente.

A hipótese é de concurso formal de infrações penais, porquanto no mesmo contexto os indiciados em tela subtraíram bens e valores de ambas as vítimas, investindo criminosamente em detrimento de patrimônios distintos.

Ante o exposto, DENUNCIO a Vossa Excelência **V.D.S.S.**, **A.M.B.M.** e **B.T.B.M.** por infração ao disposto 157, § 2º, inciso II, c.c artigo 70, "caput", ambos do Código Penal (...)" (fls. 139/145).

A denúncia foi recebida em 12/06/2023 (fls. 177/178).

A **materialidade** dos delitos restou **comprovada** pelos boletins de ocorrência (fls. 03/09 e 28/32), auto de exibição e apreensão (fls. 33/34), autos de reconhecimento de pessoa (fls. 49/50), auto de avaliação (fls. 70/71 e 74), auto de reconhecimento de objeto (fls. 72), cópia do extrato bancário do ofendido (fls. 225), relatório de investigações (fls. 57/69 dos autos da medida cautelar nº 1518587-40.2023.8.26.0050), bem como pela prova oral produzida nos autos.

Acesso ao Sumário

A **autoria** também é certa.

Não houve prisão em flagrante.

As vítimas registraram a ocorrência no dia 09/04/2023, no período da noite (fls. 03/09).

Após investigações preliminares (fls. 57/69 dos autos de medida cautelar nº 1518587-40.2023.8.26.0050), a Autoridade Policial representou pela prisão temporária dos réus, bem como pela busca e apreensão em seus endereços (fls. 01/04 - Autos de medida cautelar nº 1518587-40.2023.8.26.0050). Os pedidos foram deferidos às fls. 78/86 dos mencionados autos.

Na ocasião, o réu V.D.S.S. foi preso temporariamente. Em sua residência, foram localizados bens que foram posteriormente reconhecidos pela vítima, consistentes em um perfume, uma cédula de moeda da Tunísia e um celular IPhone 11 (fls. 28/34, 71 e 75).

Interrogado quando da prisão temporária, aos 22/05/2023, na presença de Advogado (Dr. Lincoln Rijkard Aurélio Coelho - OAB/SP 392.594), o **réu V.D.S.S.** permaneceu em silêncio (fls. 54).

Os corréus não foram localizados na fase inquisitiva (fls. 75).

Aos 24/05/2023, foi decretada a prisão preventiva dos réus (fls. 95/100).

Em juízo, a **vítima** T.J.C. disse que foi sequestrado, coagido e roubado. Foi dopado, colocado em seu carro, arrastado para sua casa e roubado. As imagens no elevador mostram que o declarante teve surtos, por causa da quantidade de droga que o réu fez com que tomasse. Lembra-se claramente de tudo. Estava indo comemorar a conquista de ter assinado um contrato com a Record. Chegaram ao local às 3h da manhã; isso porque era mais barato após 3h00. Estava com seu carro, uma Mercedez customizada que chama bastante atenção. Parou do outro lado da rua. Entrou na balada e soube que deveria esperar um pouco, então saiu do local e ficou na calçada com M.R.G.. Ficaram esperando uns minutos e ingressaram no local. Na sequência, ingressaram os três rapazes e começaram a conversar com eles. Eles não aparentavam ser delinquentes. Ficaram conversando sobre turismo. Uns deles tinha vindo de Ceará, Fortaleza. Foi uma conversa rápida, de uns cinco minutos. Eles ofereceram-lhe bebida diversas vezes, mas o declarante não bebe álcool. Não houve nenhum apelo sexual. Os três indivíduos não desgrudavam do declarante e de seu amigo. Em um momento, um deles insistiu na bebida. Estavam na parte superior, que é bem escura, e o homem pegou cinco energéticos. A bartender deu para esse homem e ele rapidamente abriu dois deles e colocou alguma droga dentro. Quando ele chegou com as bebidas, somente os energéticos do declarante e o de M.R.G. estavam abertos. A droga era muito forte. O declarante só tomou esse energético e uma água, a qual tinha comprado. Quando era por volta das 04h20, pediu o Instagram deles, mas o indivíduo não colocou sua conta, apenas fingiu. Sentaram e o declarante viu que o M.R.G. estava sonolento. M.R.G. também não bebe, apesar de ser barten-

Acesso ao Sumário

der. Perguntou a M.R.G. se ele queria ir embora. Logo depois, também começou a ficar sonolento. Quando percebeu, estava fora da balada, indo para o seu carro. Não se lembra de ter entrado ou dirigido o carro. M.R.G. disse que o depoente estava dirigindo, com um deles na frente, enquanto M.R.G. e os outros dois estavam no banco de trás. Estavam dirigindo em alta velocidade. Morava nos Jardins, mas estava indo para Santana; acredita que estava sendo conduzido para um sequestro. Não sabia o porquê disso. Do nada, os pneus estouraram; lembra-se do barulho. Foi ao posto de gasolina e disse que tinha seguro. Alguém chamou o seguro. Não se lembra de mais nada. Segundo as imagens, nesse posto, eles fizeram vários saques dos cartões do declarante. Não se lembra de nada, está falando pela documentação dos autos. Eles chamaram Uber. Entrou no Uber com dois deles e chegou à casa do depoente. Entrou no prédio cambaleando e, no elevador, lhe deram mais energético com drogas. Colocaram sua vida em risco com isso. Entrou em sua casa e escutou um deles falando "uau". Caiu na vertical em sua cama e acordou dez horas depois; não viu mais nada. M.R.G. ficou no posto de gasolina. M.R.G. chegou depois, com o guincho, junto do terceiro indivíduo. M.R.G. entrou junto com um deles. M.R.G. também dormiu. Acordaram dez horas depois. Na balada, os três homens perseguiam-no o tempo todo. Os três sempre agiam conjuntamente. Não desgrudavam do declarante e da outra vítima. Sua capacidade de resistência estava tão abalada que deu a senha de seu cartão de crédito, pois só assim eles conseguiram usá-lo. Tem três contas: uma no Brasil, uma nos Estados Unidos e uma na França. Eles mexeram em todas elas. Eles usaram vinte cartões de crédito. Também sacaram dinheiro do M.R.G.. Para entrar em sua casa, é necessário colocar senha na fechadura. Eles fizeram compras com cartões de crédito e também fizeram transferências. Fizeram três transferências no valor de 5 mil dólares cada para uma conta de bitcoin no Brasil. No posto de gasolina, M.R.G. foi coagido a colocar sua senha e retiraram mil reais de sua conta. O estado dele chegou a ser ainda pior que o do declarante, pois ele era um pouquinho gordo e sedentário. Ele não acordava de jeito nenhum. O depoente sentia dores no coração, achou que ia ter um infarto. Os três indivíduos entraram no apartamento do declarante. Levaram metade de seu guarda-roupas. Levaram três celulares e objetos de marca, como Louis Vuitton, Prada, Gucci, Hermes. Coisas caras. Levaram uma carteira na qual havia moedas internacionais. Inclusive, quando o réu foi preso (V.D.S.S.), encontraram com ele uma nota da Tunísia, com dedicatória ao declarante, junto com um perfume. Somente recuperou meio perfume (pois ele usou), uma nota e um celular quebrado, por causa da busca e apreensão que foi feita. De resto, não recuperou nada. Inventariou o prejuízo. Isso está no boletim de ocorrência. Teve prejuízo total de aproximadamente 900 mil reais. A fotografia de selfie foi tirada na balada; eles apagaram, mas o depoente conseguiu recuperar. Em tal fotografia (fls. 59 dos autos do procedimento cautelar), o primeiro, de óculos, foi quem

Acesso ao Sumário

colocou algo em sua bebida. Reconhece os três da foto. Viu as imagens do relatório que mostram os indivíduos entrando em sua casa e disse que esses dois indivíduos foram os que o acompanhou até em casa. Disse que colocou seu dedo (reconhecimento digital) para ingressar na portaria. Confirmou que estava no elevador com o V.D.S.S. e com o outro homem, de olhos mais claros e mais alto (B.T.B.M.); ele era o mais articulado. Para ingresso no apartamento, há reconhecimento facial e digital. Na sua porta, há entrada por digital e senha. Na portaria do prédio, há exigência de apresentar documentos de identificação. Um deles, o V.D.S.S., negou-se a dar um documento. O declarante não liberou a entrada deles. Alguém liberou a entrada, mas não foi o declarante. A corretora que cuida de seus bitcoins é a CoinBase, que é dos Estados Unidos. Há autenticações para a transação. No segundo autenticador do Google, o indivíduo conseguiu validar essa segunda verificação, porque tinha acesso ao celular do declarante. A terceira também está no celular. Por isso, as transferências foram realizadas com sucesso. Quando ele tentou uma quarta, não teve sucesso, pois desconfiaram que havia algo de errado. Mas fizeram três transferências com sucesso. Em nenhum momento eles foram agressivos, até porque, se tivessem agido dessa forma, teriam assustado o declarante. A tática não foi essa. Pelo contrário, foram bem "queridos", bem amigos, para se enturmarem. Não tem certeza de quem colocou algo em sua bebida. O declarante e M.R.G. não ingeriram bebida alcoólica. Um encobria o outro; era uma equipe que agia harmonicamente. Acredita que ingeriu a substância por volta das 4h da manhã. Ficou cerca de 1h, 1h30 no local. Os roubadores beberam gin. Percebeu que M.R.G. apresentava sonolência por volta das 4h, também. Nunca tinha ido àquela casa noturna. Não sabe que horas saíram para pegar o carro, pois estava totalmente dopado. Não se recorda sequer de ter entrado no carro. Só tinha um "flash" na calçada e lembra-se do barulho dos pneus estourando. Não se lembra mais de nada. Não se lembra de assumir a direção do veículo. Foi o baixinho de óculos que chegou com os energéticos, sendo que somente duas estavam abertas e estas que foram servidas ao declarante e ao M.R.G. Os cinco estavam grudados no balcão. Não sabe em que momento ele colocou a droga. Mas acredita que foi nesse momento, pois estavam em local escuro e os indivíduos estavam grudados no balcão. Foi a partir deste momento que ficou "dopado". Não bebeu energético em outro momento. A bartender deu as bebidas ao indivíduo e saiu; ele estava de costas para o resto da roda. Acredita que ele (rapaz de rosa com óculos na selfie), antes de virar o corpo com a bandeja com as bebidas, colocou algo na bebida. Tanto que, quando ele virou o corpo com a bandeja, duas das bebidas já estavam abertas. O indivíduo serviu a bebida ao declarante e a M.R.G. com suas próprias mãos. O indivíduo com a bandeja é o que aparece de óculos na selfie tirada. O depoente foi sentindo o efeito da substância gradualmente. Não tinha alteração de paladar ou de cor na bebida. Não se lembra como bebeu o segundo energético, pois já tinha

Acesso ao Sumário

começado a perder a noção. Tem um "flash" seu derrubando um energético e ele pegando e dando-lhe outro. Dez minutos era suficiente para a droga "bater". Entre beber e dançar, o declarante percebeu que M.R.G. estava sonolento. Não se lembra de dirigir o seu veículo; M.R.G. lembrou e lhe disse. Recorda-se do barulho dos dois pneus estourando. Não sabe como parou no posto. Foi de Uber com dois indivíduos até sua casa; não sabe quem chamou o Uber. Não sabe quem acionou o seguro do carro. M.R.G. ficou com um dos indivíduos no posto aguardando o guincho. O Uber não foi pedido de seu celular. A entrada de sua casa é por reconhecimento digital e senha. Na portaria de seu prédio, há exigência de entregar documentos. Um deles se recusou a dar documento; era o que chegou com M.R.G. Porém, a portaria interfonou e um dos criminosos liberou a entrada. Seu celular tinha reconhecimento facial e por senha. O indivíduo já tinha posse do seu celular desde a balada. É só colocar em seu rosto para desbloquear. O declarante usa em torno de vinte Bancos. Não usa a mesma senha em todos eles. Ele começou a roubar o declarante desde o momento em que foi dopado. Ele tinha acesso a tudo. Nas contas da França e da Inglaterra, ele não conseguiu acesso, mas conseguiu nas contas do Brasil e dos EUA. Não sabe qual valor e de qual conta foi feita transferência antes das 7h da manhã. Durante a madrugada, ele extraiu dois mil reais de seu cartão em um caixa eletrônico e usou todos os seus cartões que estavam na carteira. Ele chegou na casa do declarante e achou mais duas carteiras cheias de cartões. Usaram todos estes cartões e extraviou quinze mil dólares de sua conta. Também desconfiguraram seu iCloud e suas câmeras. Em Juízo, reconheceu todos os réus.

A **vítima** M.R.G. declarou que trabalhava em local próximo à balada e foram lá, no dia, para comemorar um trabalho do T.J.C em um 'reality'. T.J.C, além de amigo, trabalha com o depoente. A entrada depois das 3h era mais barata. Combinaram de se encontrar na balada. Entraram cerca de cinco minutos para as 3h e souberam que deveriam esperar até as 3h em ponto para o preço promocional, então saíram e o declarante fumou um cigarro. Após, retornaram à balada. Foram acompanhados pelos indivíduos nessa segunda vez. Lembra-se da ordem em que entraram, o que foi determinante para encontrarem seus documentos. Entrou um, depois o T.J.C e o declarante, e depois os indivíduos de número 01 e 02. Foram conversando na fila. Dentro da casa, por eles falarem que não eram de São Paulo, eles conversaram. Eles disseram que sequer sabiam como colocar crédito na comanda. Apresentaram a balada aos indivíduos. Eles ofereceram bebida alcoólica ao declarante e a T.J.C. O declarante bebe muito raramente. Disseram-lhes que não bebem. Os indivíduos trouxeram água e energético, e o depoente e a outra vítima aceitaram. Com certeza, havia droga nas bebidas. O declarante lembra que se sentou, em determinado momento, e começou a "apagar". T.J.C disse *"Nossa, você já está cansado?"*. O declarante não dorme facilmente, até pelo horário em que trabalha como 'bartender', mas

Acesso ao Sumário

começou a ficar muito sonolento. Encerraram as contas e foram embora. Apenas percebeu que havia mais gente com eles no carro quando já estavam no próprio carro. Em nenhum momento, ofereceram carona a eles ou os convidaram. No dia seguinte, lembrou-se da configuração no carro: T.J.C estava como motorista com um dos indivíduos na frente e o declarante atrás com mais dois. A rota da balada até a Rua da Consolação pode ser feita a pé, mas estavam de carro. Quando se deram conta, os pneus do carro estouraram, mas estavam em outro lugar. Só no dia seguinte souberam onde estavam, porque perguntaram para o guincho de onde tinham sido retirados. Ou seja, estavam fora de sua rota. Pararam em uma loja de conveniência em um posto. Consumiram algo que não sabiam o que era. Tinha que pagar algo com seu cartão, mas não estava conseguindo, pois não estava em sã consciência. Então, passou seu cartão para um deles, mas não se recorda de qual. T.J.C foi para casa com dois desses rapazes de Uber. O declarante também foi, mas com o outro indivíduo, sendo levados pelo guincho. Chegaram completamente dopados. Quando chegou com o terceiro no local, T.J.C já estava em casa, com os outros dois. Ninguém os convidou para ir até lá. Acredita até que seria um sequestro, pois estavam fora de sua rota. Acordou com muito custo. Estava com o celular e a carteira no bolso. Caiu direto no sofá e lá ficou. Levantaram 14 horas depois e viram tudo o que levaram. Quando lhe ofereceram as latas do energético, estavam abertas. Ofereceram outros drinks, mas os ofendidos não beberam, pois havia álcool, era gin. Dá para ver na imagem do elevador que eles simulavam beber e compartilhavam uma mesma latinha. Na balada, o declarante e T.J.C beberam a água e o energético que eles ofereceram. O declarante bebeu somente a água oferecida e quem bebeu o energético foi o T.J.C. Comprou um suco e uma água de coco na balada, os quais o próprio declarante abriu. Fizeram um saque de mil reais e outro de trezentos e cinquenta do depoente. Não levaram objetos seus. No trajeto até a casa de T.J.C, estava com a consciência limitada e sem capacidade de resistência a comandos e ordens. Não imaginaram que estavam caindo em um golpe. Não convidaram os indivíduos para subir ao apartamento, nem ofereceram carona. Normalmente, os ofendidos param pra comer quando vão embora da balada e dessa vez não o fizeram. Confirma que fizeram várias transferências das contas de T.J.C, inclusive de criptomoedas, e que levaram vários objetos de valor agregado que ele possuía na residência. Depois que entraram na balada, eles ficaram próximos dos ofendidos durante todo o tempo. Eles buscaram bebidas mais de uma vez, mas sempre voltando até os ofendidos. O depoente dormiu cerca de 14 horas. Não viu os indivíduos colocando algo em suas bebidas. Quando acordaram, não foram fazer exame. Foram direto para a Delegacia. T.J.C teve dificuldade para acordar o declarante, pois estava em um sono muito profundo. O declarante é homossexual, mas em nenhum momento houve intenção sexual com os indivíduos. Primeiro, porque o depoente tem relacionamento. E, também, porque os

Acesso ao Sumário

indivíduos não eram o tipo do T.J.C ou do declarante. Em nenhum momento houve esse apelo. Estavam lá para ouvir música, não para "ficar" com alguém. Não é balada destinada a público homossexual. O folder daquele dia era focado ao público gay, mas acontecem vários tipos de eventos lá. Na balada, estavam os três roubadores e os dois ofendidos. Entre bebidas alcóolicas e não alcóolicas, os rapazes pegaram três rodadas de bebidas. Comprou em sua comanda um suco e uma água de coco. Um dos indivíduos, o que estava com placa de número 01, chegou com todas as bebidas. Bebeu a água trazida por ele. Na hora, cada um estava com a sua bebida. Mas vieram abertas. Não viu quem abriu a garrafa; provavelmente foi quem comprou, o número 01. Estavam a cerca de dez metros do balcão da bebida, mas todos no mesmo ambiente. Não foram todos buscar bebida. O declarante é barman e não tem o costume de deixar latas abertas aos clientes no seu trabalho, já que é tudo aberto pelo cliente na mesa. Quando são drinks elaborados, são entregues em taças ou copos. Os sucos e águas que foram comprados depois vieram fechados. Não chegou a dormir na balada; ficou debilitado, mas não chegou a dormir. Não transcorreu muito tempo entre o momento em que ficou dessa forma e a hora em que foram embora. Pelas câmeras, viu o estado em que se encontrava quando chegou ao apartamento de T.J.C: quase não conseguia subir. Não tem dúvida de que isso ocorreu por causa da ingestão da substância. Sobre o pagamento de sua comanda, disse que tem cartão da casa que carregava valores. Compra algo depois de carregar a quantia correspondente. Carregou o cartão na balada uma única vez, logo na chegada. Não bebeu o energético servido, mas somente a água. O carro de T.J.C estava estacionado em rua de frente para a balada. T.J.C estava no volante e o "grandão" estava como passageiro na frente. Seu cartão de débito é da Caixa Econômica Federal. Além da senha numérica, não há outra identificação necessária. Basta a senha de quatro dígitos. T.J.C não tem sua senha de saque. Quem pediu o Uber para o T.J.C e os dois homens foi o T.J.C. Muito possivelmente, T.J.C pediu de seu próprio aparelho. Pararam na conveniência e só depois estourou o pneu; o guincho foi pedido depois. Foi o declarante que ligou para o seguro. Quando chegou ao apartamento, T.J.C não estava dormindo. Acredita que o declarante foi o primeiro a dormir, pois acordou do mesmo jeito que estava. Só deu tempo de tirar o tênis e cair no sofá. Não mora com T.J.C, mas frequenta sua casa. T.J.C mora lá há onze anos. Só o T.J.C pode autorizar a subida de pessoas ao apartamento. Acredita que os indivíduos não tinham voz parecida com a de T.J.C. Ninguém autorizou a subida de ninguém. Uns subiram com T.J.C e o outro subiu com o declarante. Se houve um erro, foi da portaria de não ter pedido o RG deles logo na entrada. O declarante, além de ser amigo há trinta anos de T.J.C, trabalha com ele, de forma que o seu acesso à casa é liberado. Os porteiros subentenderam que o rapaz estava subindo com o declarante. Não sabe se alguém se recusou a dar documento. O depoente não precisou ser carregado, mas estava bem debili-

Acesso ao Sumário

tado. Não passou por sua cabeça fazer exame após os fatos. Em Juízo, reconhece todos os réus, com certeza. Não se recorda dos nomes deles, pois passaram outros nomes na balada.

Em crimes de roubo e furto, usualmente praticados de forma clandestina, a palavra da vítima mostra-se altamente relevante, vez que na maioria dos casos é a única prova de autoria.

Ademais, não há nos autos qualquer prova de que as vítimas queiram incriminar os acusados injustamente, não havendo motivos, portanto, para que não se dê crédito às suas declarações. Nesse sentido:

> "Pondere-se que, ao ser ouvida sob o crivo do contraditório, a vítima descreveu a dinâmica dos fatos de forma coesa e reconheceu, sem sombra de dúvidas, o acusado como sendo a pessoa que a abordou.
>
> Os crimes contra o patrimônio são, no mais das vezes, praticados na clandestinidade. Em tais situações, as palavras do ofendido assumem particular importância, não havendo por que desprezá-las. A esse respeito, a Jurisprudência já tem há muito tempo assim se manifestado:
>
> "Prova - Palavra da vítima que prevalece sobre a do acusado - Quando ocorre
>
> "A palavra da vítima, em caso de roubo, deve prevalecer à do réu, desde que serena, coerente, segura e afinada com os demais elementos de convicção existentes nos autos". (BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. Apelação n. 490.917-3 - São Paulo. Apelante: Irismar Ferreira de Souza ou João Nascimento de Almeida. Apelada: Justiça Pública. Relator: Juiz Celso Limongi. 5ª Câmara. São Paulo, 13 de outubro de 1987. Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, v. 94. Abril, Maio e Junho de 1988, p. 341).
>
> Roubo - Violência moral e vias de fato - Suficiência à caracterização do crime
>
> "Em sede de crimes patrimoniais, o entendimento que segue prevalecendo, sem nenhuma razão para retificações, é no sentido de que a palavra da vítima é preciosa no identificar o autor de assalto". (BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. Apelação n. 435.047-9 - Lorena. Apelante: Eduardo de Paula Thebas. Apelada: Justiça Pública. Relator: Juiz Canguçu de Almeida. 8ª Câmara. São Paulo, 16 de julho de 1986. Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, v. 95. Julho, Agosto e Setembro de 1988, p. 268)".
>
> Apelação Criminal nº 3001070-03.2013.8.26.0145, Rel. Grassi Neto, 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estão de São Paulo, j. 05/03/2015.
>
> Nesse passo, destaco o entendimento do E. Des. Renato Nalini:
>
> "A palavra da vítima de crime de roubo é, talvez, a mais valiosa peça de

Acesso ao Sumário

convicção judicial. Esteve em contato frontal com o agente e, ao se dispor a reconhecê-lo, ostenta condição qualificada a contribuir com o Juízo na realização do justo concreto". (TACrimSP, AC. 1.036.841-3)

Anoto, por oportuno, que o único interesse que o ofendido tem é o de acusar o verdadeiro responsável. Não se pode pensar de forma diversa. Não é crível que a vítima queira incriminar inocentes, deixando os verdadeiros criminosos impunes.

O Policial Civil *R. P.* relatou que o fato começou na entrada da balada, onde as vítimas conheceram os três indivíduos. Lá no local, segundo a vítima, foi colocada alguma substância na bebida que fez com que as vítimas perdessem os sentidos. Saíram de lá, foram em um estabelecimento, fizeram compras e foram ao apartamento da vítima T.J.C. Lá dentro, eles subtraíram vários objetos e realizaram diversas subtrações. O depoente e seus colegas conseguiram suas qualificações através da própria balada, onde, para entrar, eles foram obrigados a se identificar, e, também, confrontando com imagens obtidas do apartamento do T.J.C. Posteriormente, confrontaram com seu sistema e houve o reconhecimento pelas vítimas. Lembra-se da "selfie" fornecida pela vítima, na qual apareciam os indivíduos. Usaram para confrontar com as imagens do prédio. A balada anotava CPF das pessoas que ingressavam no local. Não se recorda se também tiravam fotos. Começaram a investigação por isso. 'Puxaram' os dados das dez pessoas que ingressaram antes de T.J.C e as dez pessoas que ingressaram depois. Com as fotos do seu sistema, começaram a fazer comparação com a foto dada pelo T.J.C. As imagens do elevador de T.J.C são muito boas. Pegaram o corpo inteiro dos três. Nesse cruzamento de dados, conseguiu chegar até os três indivíduos, dadas as semelhanças de imagens e os dados fornecidos pela casa noturna. As vítimas foram chamadas para reconhecimento fotográfico. Seguiram o procedimento do Código de Processo Penal. Ambas as vítimas reconheceram todos. V.D.S.S. foi submetido a reconhecimento pessoal. Na casa dele, também foi encontrada uma substância que foi enviada à perícia; possivelmente, era o que foi utilizado para dopar as vítimas. Acredita que não foi expedida a requisição para o exame hematológico das vítimas por causa do tempo decorrido. Esse procedimento de laudos e de requisição não são parte do trabalho do depoente. Eles passaram em posto de gasolina, onde fizeram um gasto. Posteriormente, já sem as vítimas, foram a uma lanchonete, onde fizeram um gasto maior, em torno de 2.500 reais, já com o cartão da vítima. T.J.C não se recorda disso, então possivelmente estavam sem as vítimas, até pelo horário. Foram levados objetos de valor, como bolsas e carteiras, de marcas famosas. A vítima comentou sobre as transações de bitcoins. Participou da prisão de V.D.S.S. e conversou com ele informalmente; ele mencionou que os mentores eram o A.M.B.M. e o outro. Ele, V.D.S.S., só era usado por ter "rosto bonitinho", servia como isca das vítimas. V.D.S.S. disse isso rindo, debochando da situação. Acredita que não foi feito

Acesso ao Sumário

exame de impressões digitais no veículo. Só havia as imagens.

O Policial Civil *M. L. H. P.* afirmou que reconhece o réu apresentado (V.D.S.S.), pois participou da investigação, mas não o conhecia antes dos fatos. Após ter conhecimento dos fatos, realizou diligências para levantar maiores dados sobre os envolvidos. Conseguiram imagens do prédio da vítima e uma foto que a própria vítima forneceu. Com base nesses dados, realizaram diligências e conseguiram localizar o endereço do réu V.D.S.S.. Foi pedido um mandado de busca. Não participou das diligências realizadas após a obtenção do mandado de busca, uma vez que estava de férias. Conseguiram imagens dos réus na casa da vítima T.J.C. Fizeram diligências em um posto de gasolina e na balada onde a ocorrência teve início. Requisitaram a lista de pessoas que ingressaram na mencionada balada logo antes e logo depois da vítima T.J.C. Com base nos nomes da lista e na fotografia fornecida pela vítima, conseguiram identificar os envolvidos. Compararam os rostos na foto com os rostos das pessoas identificadas pelo nome e RG na lista de ingresso. Viu imagens do condomínio da vítima T.J.C. que mostravam as mesmas pessoas entrando no elevador. T.J.C. reconheceu todos os réus. Não participou da prisão de V.D.S.S. T.J.C. havia informado que conheceu os envolvidos numa balada e que acreditava que colocaram algo em sua bebida. A vítima disse que, em dado momento, na própria balada, começou a passar mal, e depois começou a ter apenas alguns flashes. Quando se deu por si novamente já estava na casa dele com seu amigo, mas não se lembrava de muitas coisas. Não se recorda de ter requisitado exame de corpo de delito ou de doping para qualquer das vítimas. A requisição do exame depende da Autoridade Policial.

O Policial Civil *O. J. S. R. de O.* relatou que reconhece o réu apresentado (V.D.S.S.), mas não o conhecia antes da investigação. Tomou conhecimento da ocorrência por meio do boletim de ocorrência realizado na Delegacia, durante o plantão policial. O senhor T.J.C. e seu amigo compareceram à Delegacia e relataram os fatos. Seguindo o procedimento padrão, chamaram a vítima novamente para fazer uma colheita de informações mais detalhada. O senhor T.J.C. apresentou uma foto que ele havia tirado na balada juntamente com os golpistas. A vítima falou que foi para a balada com um amigo. Ela disse que não consome bebida alcoólica e que foi abordada por três rapazes na porta da balada e começaram a conversar. T.J.C. disse que é uma pessoa muito falante, deu atenção a essas pessoas e conversou com elas. Já no interior da balada, T.J.C. foi procurado novamente pelos três rapazes, os quais lhes ofereceram bebida, mas ele recusou, afirmando que não bebia. Após algum tempo, os indivíduos voltaram afirmando que tinham trazido água para ele. Inocentemente, ele bebeu. Teve um blecaute de informações, tendo recuperado a consciência em momento posterior, apenas com flashes do que aconteceu. Na investigação, dirigiram-se à balada, onde buscaram levantar imagens dos possíveis autores, mas não obtive-

Acesso ao Sumário

ram êxito, conseguindo apenas a lista de pessoas que haviam entrado. Fizeram uma confrontação entre o horário em que entrou o senhor T.J.C. e as pessoas que entraram antes e depois dele, as quais teriam fornecido seus nomes, juntamente com RG ou CPF. A partir disso, levantaram a imagem de diversas pessoas, as quais foram apresentadas ao senhor T.J.C e ele identificou algumas delas. A partir da identificação, foi feito um reconhecimento fotográfico, inicialmente. O senhor T.J.C deu 100% de certeza em relação ao réu V.D.S.S., afirmando que ele era um dos indivíduos que o abordaram. Juntaram também imagens da residência do senhor T.J.C que mostraram os indivíduos entrando e saindo dos elevadores. As imagens mostram os indivíduos entrando sem nada nas mãos e saindo de lá com mochilas. Fizeram um trabalho de identificação e chegaram à identificação dos três. Os três foram reconhecidos. Requisitaram a prisão temporária dos três. Ao cumprir a prisão temporária do réu V.D.S.S., o senhor T.J.C foi chamado a comparecer à delegacia, onde reconheceu V.D.S.S. com 90% de certeza. Na delegacia, reconheceu também objetos que tinham sido apreendidos na casa de V.D.S.S.. Tratava-se de um perfume, salvo engano. A lista inicial fornecida pela balada continha mais de cinquenta pessoas, mas os policiais foram checando todas para afunilar a lista. Percebeu coincidências de imagem entre a foto exibida pela vítima e as fotografias de RG das pessoas identificadas, tendo realizado a comparativa no relatório. Sem dúvida, eram as mesmas pessoas. O réu V.D.S.S. foi interrogado e é réu confesso. Ele confessou ter praticado o delito, de maneira sarcástica, dando risada e dizendo "foi mesmo, fiz mesmo, foi o primeiro que eu fiz e já deu errado". Os outros dois autores são do município de Itapipoca, no Ceará. Cumpriram mandado de busca no endereço dos outros dois réus e realizaram flagrante de clonagem de cartão de crédito e documentos falsos; era uma central de documentos falsificados. Isso não tem relação com o caso em questão. As vítimas contam que tiveram um "apagão", mas lembram de estar paradas em um posto de gasolina na Av. 23 de Maio. Foram até o posto de gasolina, mas não havia imagens. Conversaram com a frentista do posto, que disse se lembrar vagamente daquela madrugada e que eles haviam batido o carro. A vítima T.J.C afirma que foi embora da balada dirigindo junto com os indivíduos e bateu o carro na Av. 23 de Maio, mas não se recorda de ter chamado o guincho. Identificaram a lanchonete onde "passaram valores" e cumpriram mandados de busca lá, tendo apreendido máquinas de cartão de débito e crédito. Não sabe se o resultado da perícia das máquinas já chegou. Os indivíduos saíram pela madrugada gastando o dinheiro de T.J.C. A lanchonete em questão fica na rua onde os réus moram. Não sabe se T.J.C foi encaminhado ao IML para realizar algum exame para identificar se, de fato, foi usada alguma substância que alterasse seu estado mental, mas isso deve constar do inquérito policial. T.J.C acordou muitas horas após a ingestão do entorpecente. Não sabe se ele foi encaminhado para exames e se foi feita a coleta de sangue para análi-

Acesso ao Sumário

se, mas se isso ocorreu, constará no inquérito. No plantão policial, é feita uma primeira colheita de informações e, depois, os investigadores da chefia chamam a vítima para coletar os detalhes. Não sabe se, num primeiro momento, a vítima já teria informado os policiais de plantão a respeito da foto ou se só passou tal informação num segundo momento para os investigadores. A foto foi fornecida pela vítima e, segundo ela, a fotografia foi tirada no dia dos fatos, na referida balada. Não sabe se faz parte do procedimento requerer exame toxicológico das vítimas, independentemente do tempo passado desde a ocorrência, pois quem preside o plantão é o delegado de plantão e ele tem a faculdade de pedir ou não o exame. Solicitaram imagens do posto de gasolina, mas eles não as possuíam. É desnecessário, nesse tipo de investigação, requisitar imagens das proximidades, pois não sabem de onde o autor veio. Solicitaram imagens do interior da balada, mas o estabelecimento também não as possuía.

Ressalta-se que é inquestionável a validade dos depoimentos prestados pelos policiais. É mais do que remansosa a jurisprudência no sentido de que os agentes públicos, tais como policiais, não são suspeitos apenas pela função que ocupam, podendo ser testemunhas em processo criminal.

Pelo contrário, por serem agentes públicos investidos em cargos cujas atribuições se ligam umbilical e essencialmente à segurança pública, não têm qualquer interesse em prejudicar inocentes, principalmente quando os relatos apresentados são coerentes e seguros, de maneira que, não havendo absolutamente nada no conjunto probatório que desabone seus testemunhos, a estes deve ser conferida relevante força probante.

De fato, posiciona-se a jurisprudência do C. STJ:

"os depoimentos de policiais, devidamente confirmados em juízo, constituem-se prova idônea à condenação" (STJ, 6ª Turma, HC 28417/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, v.u., j. 16.12.2004; in DJU de 06.02.2006; p. 326).

É nesse sentido também o entendimento do C. STF:

"VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS. O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal [...]" (STF, 1.ª Turma, HC n.° 73.518/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v.u., j. 26.03.96: in DJU 18.10.96).

E também desta C. Câmara:

(...) Tráfico de entorpecentes - Materialidade e autoria comprovadas por depoimentos de policiais cujo conteúdo é harmônico com o conjunto probatório - Validade **No que concerne ao valor dos depoimentos prestados pelos policiais, os tribunais têm deixado assente serem inadmissíveis quaisquer análises preconceituosas. A simples condição de policial**

Acesso ao Sumário

não torna a testemunha impedida ou suspeita. As declarações prestadas pelos agentes que efetuaram a prisão do acusado são válidas e têm o mesmo valor relativo que qualquer outra prova que se produza nos autos; por gozarem de fé pública, suas versões devem ser reputadas fidedignas, até que se prove o contrário. Cálculo da Pena - Tráfico de entorpecentes - Imposição de privação de liberdade superior a quatro anos - Inaplicabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos por não atendimento ao requisito contido no inciso I, do art. 44, do CP Na hipótese de ter sido imposta privação de liberdade superior a quatro anos, não se concebe sua conversão em pena restritiva de direitos, uma vez não ter sido atendido o quanto previsto no inciso I, do art. 44, do CP. **(grifei)** (Apelação nº 0001192-93.2014.8.26.0028, Relator: GRASSI NETO, Comarca: Aparecida, data do julgamento: 14.05.2015; 8ª Câmara de Direito Criminal)

Ainda, não é crível que os policiais incriminariam os réus de forma gratuita ou mesmo que inventariam os fatos para relacioná-los com a prática dos crimes. Nada que ofereça relevância nos autos nos conduz a entender que tais depoimentos não mereçam total credibilidade.

Interrogado em juízo, **V.D.S.S.** declarou que tem 22 anos. Trabalhava fazendo "bicos", com entregas de marmitas, ajudando mudanças no carreto. É amasiado e tem um filho de 04 anos. Morava sozinho na época dos fatos. Já foi condenado por um 'assalto', e estava em cumprimento de pena em regime aberto. Na data dos fatos, saiu para beber, sozinho. É bissexual. Estava brigado com sua esposa, então estava "solteiro". Conheceu-os na balada, tanto as vítimas quanto os corréus. Em nenhum momento, colocou algo na bebida de alguém. Os cinco estavam bebendo. No começo, eles falaram que não bebiam, mas começaram a beber. T.J.C disse que queria sair, ir para outro lugar, e os convidou para um "after" na casa dele, para se conhecerem melhor. T.J.C dirigiu, estava bem. Foram conversando. No percurso, o pneu do carro dele furou, algo assim, não se recorda direito. Pararam no posto e chamaram o seguro. O seguro veio. Pegaram um Uber e foram para a casa dele. Deitaram-se na cama, ficaram abraçados. Ele estava meio sonolento, porque eles tinham bebido, e dormiu. Foi então que o interrogando pegou uma bolsa do ofendido, colocou coisas dentro e saiu. Conheceu todo mundo na balada. Não conhecia A.M.B.M. e B.T.B.M.. Não disse aos policiais que tinha "feito mesmo", que era a primeira vez dele e que era usado como ‹isca›, sendo mandantes A.M.B.M. e B.T.B.M.. Não falou com os policiais e lhes disse que só iria falar na presença dos seus advogados. Na balada, beberam gin. Cada um estava com sua comanda, cada um bebeu o seu e pagou pelo seu. Não foram comprar energético. Só pegaram bebida e todo mundo estava bebendo. A bebida era gin na taça com frutas. Estavam dançando e estavam um pouco bêbados. T.J.C chamou-os para ir à sua casa e foi dirigindo. T.J.C disse que tinha jacuzzi e que poderiam ficar todos à vontade. Então, foram.

Acesso ao Sumário

Lá, na mochila, colocou as coisas que estavam mais próximas. Perfumes, bolsas, não se recorda direito. Não sabe de nada sobre A.M.B.M. e B.T.B.M., pois ambos estavam em um canto com o M.R.G., enquanto o interrogando estava em outro canto com T.J.C. Estavam em ambientes separados. Vendeu tudo o que pegou para haitianos: bolsa Louis Vuitton, etc. Vendeu tudo o que estava na mala por mil reais. Não sabia o que era. Mas os 'meninos', quando pegaram, falaram que era falsa e não valia nada. Havia cinto e perfume. Pegou os cartões bancários também. Não se recorda de pegar relógio da marca Apple. Acredita que pegou um par de óculos da Louis Vuitton, não se recorda direito. Não fez transação de bitcoin, pois não tinha senha de nada. Não conseguiu fazer nada de transferência. Não desbloqueou o celular da vítima com sua face. Não fez compra com os cartões. Eles estavam junto da bolsa e foram levados pelo haitiano. A única coisa que ficou com o interrogando foi uma cédula da Tunísia. O interrogando e os demais começaram a conversar na fila. Não chegou falando inglês. Não se recorda de ninguém ter chegado falando inglês. Confessa que realizou o furto. Quem estava dirigindo o veículo era o T.J.C. Foram direto, sem GPS. Ele só falou que iriam para a casa dele e eles foram. Não havia GPS nem nada. Era para dar uns 20 minutos, mas, como o pneu estourou, ficaram esperando o guincho. Mas era próximo, não era muito longe. A maioria das pessoas vai sozinha nessa balada ou no máximo com um amigo.

Em seu interrogatório judicial, **B.T.B.M.** declarou que tem 23 anos. Trabalhava fazendo compra de veículos de leilão com seu pai. É amasiado, tem um filho e sua esposa está grávida. Reside no Ceará. Nunca foi processado. Veio a São Paulo para comprar dois veículos e para auxiliar o corréu A.M.B.M. na compra de produtos para a loja da mãe dele. É primo de A.M.B.M. Desconhece a Hamburgueria Vip. No dia, tinha consumido bebida alcoólica com seu primo. Passaram em duas baladas, se não está enganado. Quando chegam em São Paulo, procuram sempre se aproximar de algumas pessoas, pois não sabem onde estão direito. Não sabe dizer se essa balada foi a primeira ou a segunda. Lá, procuraram se aproximar de algumas pessoas, não se recorda bem. Continuou bebendo. Depois, não se lembra de muita coisa. Lembra-se de estar dentro de um apartamento e de ter acordado em seu endereço. Não conhecia V.D.S.S.. Não se recorda de ter oferecido bebidas para pessoas, não se recorda dessa balada. Não conhecia o T.J.C, nem se recorda dele. Tem flashes de que estava em um apartamento depois. Não se recorda de subtrair bens desse apartamento, jamais faria algo assim. Quando acordou em sua casa, não havia bens que não eram do interrogando ao redor. No dia anterior, estava com certa quantia em dinheiro, uns mil e poucos reais, e acordou sem nada. Acordou na casa de sua irmã, em Osasco, localizada na Rua ..., não se recorda o número. Quando ficam em São Paulo em período curto, ficam em hotel; quando o período é mais longo, fica na casa de sua irmã.

Acesso ao Sumário

Interrogado em juízo, **A.M.B.M.** afirmou que tem 21 anos. Trabalhava na loja de roupas de sua mãe. É solteiro e não tem filhos. Residia no Ceará, sozinho. Foi a São Paulo para comprar produtos para a loja. Nunca foi processado. Em relação aos fatos, permaneceu em silêncio.

Destarte, apesar da irresignação defensiva, a prova nos autos é segura de que os réus praticaram os crimes de roubo narrados na denúncia.

Com efeito, as declarações das vítimas foram firmes e coesas, narrando detalhadamente como ocorreram os fatos.

Os ofendidos T.J.C. e M.R.G. narraram que, na data dos fatos, foram a uma casa noturna e, enquanto aguardavam na fila para entrar, foram abordados pelos três réus, que iniciaram uma conversa com as vítimas. Após ingressarem no estabelecimento, os ofendidos foram acompanhados pelos réus a todo momento. Estes ofereceram bebidas alcóolicas aos ofendidos, que lhes declararam que não bebiam; então, os acusados retornaram com energético e água para lhes oferecer, o que acabaram por aceitar. As vítimas narraram que estavam no mesmo ambiente que os réus, próximo ao balcão para retirada das bebidas; no entanto, apenas as bebidas que lhes foram oferecidas estavam abertas. Depois de um tempo, passaram a perceber que o ofendido M.R.G. estava sonolento, o que não era comum, pois este trabalhava como bartender durante a madrugada. Diante disso, decidiram ir embora, mas, a partir de tal momento, em que ambos ficaram sonolentos, apenas recordavam-se de "flashes" do que ocorreu. Recordaram-se que entraram no veículo de T.J.C., que guiou o carro, tendo como passageiro da frente um dos réus; a vítima M.R.G. foi no banco de trás com os outros dois acusados. Os ofendidos enfatizaram que não convidaram os réus para acompanhá-los. T.J.C. narrou que fizeram caminho diverso do habitual, e, em dado momento, ouviu um barulho decorrente do estouro de seus pneus. Diante disso, pararam em um posto de gasolina e acionaram o seguro. T.J.C. foi de Uber com dois acusados para seu apartamento; não se recordou de quem solicitou a corrida. Ali ingressou com os dois acusados e logo "caiu" na cama, onde ficou desacordado por cerca de dez horas. Enquanto isso, M.R.G. ficou com um dos indivíduos no posto de gasolina, aguardando o guincho, que posteriormente os levou para o apartamento de T.J.C. Assim que chegaram no apartamento, M.R.G., da mesma forma, "caiu" no sofá, onde ficou adormecido por cerca de 14 horas. M.R.G. narrou que foi acordado por T.J.C., com muita dificuldade. Então, perceberam as subtrações de objetos pessoais de T.J.C., tais como artigos de grife, celular, além de transferências e gastos bancários, inclusive de bitcoins de T.J.C. A vítima M.R.G. declarou que foram feitos saques em sua conta corrente.

Destaca-se, por oportuno, que pequenas divergências nos depoimentos das vítimas quanto a detalhes da dinâmica dos fatos, tais como o horário exato em que saíram da casa noturna ou a distância precisa a que estavam do balcão do bar, não são suficientes para descredibilizar seus depoimentos, que, como um todo, se mostraram harmônicos e coesos, no caso dos autos.

No mais, referidas declarações são harmônicas com o restante do con-

Acesso ao Sumário

junto probatório, sobretudo com as declarações dos Policiais Civis e relatório de investigação juntados aos autos (fls. 57/69 dos autos de medida cautelar nº 1518587-40.2023.8.26.0050), evidenciando a participação dos réus na empreitada criminosa.

Por oportuno, afasto a alegação da Defesa de A.M.B.M. e B.T.B.M., nas "razões complementares" (peça não prevista em lei, ressaltando-se que o Advogado recebe o processo no estado em que se encontra), no sentido de que as palavras da vítima M.R.G. não merecem credibilidade em razão da discrepância entre a data dos fatos e a data de saque constante no documento de fls. 225.

Como sabido, diversas instituições financeiras anotam as transações bancárias realizadas aos finais de semana tão somente no primeiro dia útil posterior à sua realização. No caso dos autos, os fatos ocorreram na madrugada do dia 09/04 (domingo) e as transações mencionadas por tal vítima foram lançadas no dia 10/04 (segunda-feira). Outrossim, caso houvesse dúvida ou impugnação ao documento mencionado, esta deveria ter sido realizada em momento oportuno, e não em sede de recurso de apelação.

No mais, destaca-se que os Policiais Civis narraram que conseguiram identificar os acusados em razão de uma 'selfie' que haviam tirado com os ofendidos na casa noturna, cruzando tais dados com as informações fornecidas por tal estabelecimento (dados dos frequentadores que entraram e saíram juntamente com as vítimas), além das imagens do sistema de segurança do prédio em que reside T.J.C. Obtidas as fotografias dos acusados, todos os três foram reconhecidos pelos ofendidos, sem sombra de dúvidas.

Os Policiais narraram que foram realizados diversos gastos com os cartões da vítima T.J.C., inclusive altas quantias em um estabelecimento comercial situado próximo das residências dos réus, especificamente na rua onde residia A.M.B.M. Os acusados tinham endereços muito próximos, situados na Rua dos Estudantes e na Rua do Glicério.

Após a expedição de mandado de busca e apreensão para a residência dos réus, encontraram, com V.D.S.S., um perfume, uma cédula da Tunísia e um celular, todos pertencentes a T.J.C. V.D.S.S. foi preso temporariamente e reconhecido pessoalmente pelos ofendidos. Os Policiais acrescentaram que V.D.S.S. lhes confessou informalmente o delito, de forma sarcástica, alegando que era usado como "isca" para as vítimas, por ter um rosto bonito.

Ademais, em juízo, os três acusados foram reconhecidos pelas vítimas (fls. 466/467). Neste ponto, salienta-se que restou prejudicado tão somente o reconhecimento judicial realizado na primeira audiência em relação ao ofendido M.R.G. (fls. 410/411), o que foi sanado na segunda audiência (fls. 466/467).

Outrossim, por oportuno, ressalto que não há que se falar em "*nulidade das provas contidas nos autos diante da ilegalidade das diligências policiais*" (fls. 790 das "razões complementares" de apelação em favor de A.M.B.M. e

Acesso ao Sumário

B.T.B.M.), eis que as diligências realizadas pela Polícia Civil, no caso dos autos, se mostraram dentro dos ditames legais. Foram deferidas, pelo MM. Juízo *a quo*, as medidas de busca e apreensão, bem como a decretação de prisão temporária dos réus. Outrossim, embora se alegue a existência de nulidade, não se descreveu em que consistiria a ilegalidade apontada.

Por outro lado, as versões dos réus em juízo são inverossímeis e encontram-se completamente divorciadas do conjunto probatório.

Não é crível que os réus tivessem se conhecido na fila de entrada da casa noturna. Os ofendidos foram firmes em declarar que os três acusados os abordaram juntos, e só os abandonaram posteriormente, no apartamento de T.J.C., quando foram embora com bens de T.J.C. Evidente, portanto, o vínculo subjetivo dos acusados para a prática do delito.

Outrossim, ao contrário do que alegou V.D.S.S., a prova demonstra que os ofendidos estavam com a capacidade de resistência reduzida, tanto que T.J.C. sequer se recorda de como estava dirigindo seu veículo, tendo gerado acidente, resultando em pneus furados. Ademais, os ofendidos assentiram ou sequer perceberam o uso de seus cartões bancários, bem como franquearam a entrada no apartamento de T.J.C., onde diversos bens foram subtraídos.

Neste ponto, convém destacar que a ausência de laudo pericial identificando a substância psicoativa ingerida pelas vítimas foi suprida pela prova oral, através dos contundentes e harmônicos depoimentos dos ofendidos. Neste sentido bem elucidou a r. sentença:

"A ausência de exame pericial nas vítimas foi suprida pela prova oral produzida em Juízo, pois uníssona no sentido de que as vítimas tanto logo após os fatos, quanto em Juízo, afirmaram a todo o tempo - para os policiais e perante a Justiça - e de forma firme e contundente terem ingerido as bebidas trazidas na casa noturna pelo réu V.D.S.S., e terem apresentado sonolência incomum e dificuldades para andar, passando a ficar dopadas e a obedecer aos comandos dos réus. Ao chegarem na residência de T.J.C, dormiram por, ao menos, dez horas seguidas e foram direto para a Delegacia quando acordaram e notaram o roubo dos objetos. Os policiais ouvidos em Juízo confirmaram essa versão trazida pelas vítimas".

Acrescenta-se que, devido ao tempo transcorrido entre a ingestão das substâncias e o registro da ocorrência, possivelmente não mais seria possível detectar a presença daquelas no sangue dos ofendidos, de forma que a prova testemunhal foi suficiente, no caso dos autos, para suprir a falta do exame pericial, nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal.

Desta forma, é inviável a desclassificação para o delito de furto, como pretendido pela Defesa, diante da redução dos ofendidos à impossibilidade de resistência, tal como dispõe o tipo penal descrito no art. 157 do Código Penal.

Assim, bem comprovada a prática de dois crimes de roubo pelos réus

Acesso ao Sumário

V.D.S.S., A.M.B.M. e B.T.B.M., contra as vítimas T.J.C. e M.R.G.

Bem demonstrada a causa de aumento do **concurso de pessoas**, o que se denota da prova oral.

No caso em tela, restou cabalmente comprovado que os agentes agiram previamente ajustados, ficando claro que cada um anuiu na conduta do outro, caracterizando-se o concurso de agentes.

Para o reconhecimento do concurso de agentes, não é necessário que todos pratiquem os mesmos atos executivos, bastando o encontro de vontades para a prática do fato punível. Nesse diapasão, leciona NUCCI[6]:

> É sempre mais perigosa a conduta daquele que age sob a proteção ou com o auxílio de outra pessoa. Assim, o autor de roubo, atuando com um ou mais comparsas, deve responder mais gravemente pelo que fez. Entendemos, na esteira do ocorrido com o crime de furto, que basta haver o concurso de duas ou mais pessoas, sem necessidade de estarem todos presentes no local do crime. Afinal, não se pode esquecer da participação, moral ou material, também componente do quando do concurso de agentes.

Por fim, não há dúvida de que os roubos foram praticados mediante um só ato, sendo de rigor a manutenção do **concurso formal próprio**. Com ação única, agentes atingiram dois patrimônios distintos, pelo que aplicável a regra prevista no **art. 70 do Código Penal.**

Ressalte-se que é inviável o reconhecimento da continuidade entre os delitos, conforme requerem os réus A.M.B.M. e B.T.B.M. em suas razões se apelação complementares, uma vez que houve apenas uma ação delitiva, com duas vítimas. Os fatos amoldam-se, com perfeição, à regra insculpida no art. 70, primeira parte, do Código Penal.

Assim, mantidas as condenações tais como lançadas na r. sentença, passo à análise da **dosimetria das penas.**

Réu V.D.S.S.

Na primeira fase, em atenção aos critérios do art. 59 do Código Penal, a pena-base de cada delito de **roubo** foi fundamentadamente fixada em *05 anos e 04 meses de reclusão e 13 dias-multa.* (exasperação em 1/3 acima do mínimo legal), conforme constou:

"Na primeira fase da dosimetria, verifico que as circunstâncias do crime são especialmente negativas, sendo a conduta do agente merecedora de maior reprovação penal, nos termos do artigo 59 do Código Penal. Isso porque, como bem ressaltado pelo d. Promotor de Justiça, os réus, além de demonstraram profissionalismo na ação criminosa, passaram horas com as vítimas, enquanto as drogavam para efetuar a subtração de seus bens, chegando, até mesmo, a colocar a vida dos ofendidos em risco, como já acima fundamentado. Além

Acesso ao Sumário

6 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7ª ed., São Paulo, RT, 2011, p. 737.

disso, houve subtração de diversos bens de alto valor da vítima T.J.C, o que lhe causou grave prejuízo."

Nada há que se acrescentar na detalhada justificativa para incremento da pena-base, a qual também adoto como razões de decidir.

Na segunda fase, presente a circunstância agravante da **reincidência**[7], que é **específica**, a pena do réu foi exasperada em 1/3, perfazendo 07 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão e pagamento de 17 dias-multa.

Note-se que, não tendo o Código Penal estabelecido restrições mínimas ou máximas por conta de circunstâncias agravantes ou atenuantes, cabe ao Magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, adotar uma fração, observando-se o princípio da proporcionalidade, exatamente como na hipótese em apreço, já que o acréscimo da pena, para esse delito, na fração de 1/3 se mostra razoável pelo fato de a **recidiva ter se dado por delito da mesma espécie**, mostrando-se mais adequada, também no meu entender, ao caso em questão, a justificar uma majoração diferenciada nesta fase.

Nesse sentido, aliás, é o entendimento do Col. Superior Tribunal de Justiça: "***HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. FRAÇÃO DE AUMENTO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PACIENTE REINCIDENTE ESPECÍFICO. REGIME INICIAL FECHADO DE CUMPRIMENTO DE PENA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM NÃO CONHECIDA. 1. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas, respectivamente. Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência têm se orientado no sentido de que cabe ao magistrado, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, escolher a fração de aumento de pena pela incidência da agravante, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 2. Não há constrangimento ilegal quando verificado que as instâncias ordinárias procederam ao razoável aumento de dois anos da pena, na segunda fase da dosimetria, pela agravante da reincidência, visto que o paciente era, ao tempo do crime, reincidente específico. 3. É devida a imposição do regime inicial fechado ao reincidente específico condenado à reprimenda de 7 anos de reclusão, nos termos do art. 33, § 2º e alíneas, do Código Penal. 4. Ordem não conhecida"*** (STJ, HC 275.145/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26/05/2015 - grifei).

Inviável o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea, conforme pleiteado pela Defesa.

Isso porque o réu declarou que não foi colocado nenhum tipo de substância nas bebidas dos ofendidos. V.D.S.S. afirmou que o ofendido T.J.C. estava

7 Autos nº 1525492-51.2019.8.26.0228. Art. 157, §2º, II, do CP. Fatos: 23/10/2019. Trânsito em julgado: 04/06/2020 (fls. 200/201).

Acesso ao Sumário

bem, dirigia bem, e os teria convidado para irem à residência dele, onde ficaram deitados, abraçados, e o ofendido T.J.C. teria pegado no sono porque ingeriu bebida alcóolica.

Em outras palavras, o réu narrou os fatos de forma diversa daquilo que foi apurado nos autos, na tentativa de reduzir sua responsabilidade penal com eventual desclassificação para o delito de furto.

Anota-se que a confissão parcial não é suficiente para se reconhecer tal atenuante, isto porque evidentemente objetivou algum benefício. A confissão espontânea tem que ser plena para valer como tal.

É o que ensina DAMÁSIO DE JESUS[8]:

A simples confissão da prática de um crime não atenua a pena. Assim, quando o indiciado ou acusado confessa a autoria do crime à autoridade policial ou judiciária, não incide a atenuação pela mera conduta objetiva. O que importa é o 'motivo' da confissão, como, por exemplo, o arrependimento sincero, demonstrando merecer pena menor, com fundamento na lealdade processual.

Na derradeira etapa, a pena foi exasperada em 1/3, em razão da incidência da causa de aumento do concurso de agentes, resultando em 09 anos, 05 meses e 23 dias de reclusão e pagamento de 22 dias-multa.

Por fim, praticados os delitos de roubo em concurso formal, a pena de um dos delitos (já que idênticas) foi exasperada em 1/6, uma vez que foram duas as vítimas. A reprimenda final de V.D.S.S. foi fixada em **11 anos e 21 dias de reclusão e pagamento de 25 dias-multa**, estabelecidos no mínimo legal.

Destaca-se, neste ponto, que as penas de multa de cada delito de roubo deveriam ter sido somadas, nos termos do art. 72 do Código Penal. Todavia, ausente recurso do Ministério Público neste ponto, fica mantida a pena de multa fixada.

Réu A.M.B.M.

Na primeira fase, em atenção aos critérios do art. 59 do Código Penal, a pena-base de cada delito de **roubo** foi fundamentadamente fixada em *05 anos e 04 meses de reclusão e 13 dias-multa* (exasperação em 1/3 acima do mínimo legal), conforme constou:

"Na primeira fase da dosimetria, verifico que as circunstâncias do crime são especialmente negativas, sendo a conduta do agente merecedora de maior reprovação penal, nos termos do artigo 59 do Código Penal. Isso porque, como bem ressaltado pelo d. Promotor de Justiça, os réus, além de demonstraram profissionalismo na ação criminosa, passaram horas com as vítimas, enquanto as drogavam para efetuar a subtração de seus bens, chegando, até mesmo, a colocar a vida dos ofendidos em risco, como já acima fundamentado. Além disso, houve subtração de diversos bens de alto valor da vítima T.J.C, o que lhe

Acesso ao Sumário

8 *Código Penal Anotado*, 19ª ed., Saraiva, págs. 245-6.

causou grave prejuízo."

Nada há que se acrescentar na esmiuçada justificativa para incremento da pena-base, a qual também adoto como razões de decidir.

Na segunda fase, presente a circunstância atenuante da menoridade relativa, a pena de A.M.B.M. foi reduzida em 1/6, perfazendo 04 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.

Na derradeira etapa, a pena foi exasperada em 1/3, em razão da incidência da causa de aumento do concurso de agentes, resultando em 05 anos, 11 meses e 03 dias de reclusão e pagamento de 13 dias-multa.

Por fim, praticados os delitos de roubo em concurso formal, a pena de um dos delitos (já que idênticas) foi exasperada em 1/6, uma vez que foram duas as vítimas. A reprimenda final de A.M.B.M. foi fixada em **06 anos, 10 meses e 28 dias de reclusão e pagamento de 15 dias-multa**, estabelecidos no mínimo legal.

Destaco, neste ponto, que as penas de multa de cada delito de roubo deveriam ter sido somadas, nos termos do art. 72 do Código Penal. Todavia, ausente recurso do Ministério Público neste ponto, fica mantida a pena de multa fixada.

Réu B.T.B.M.

Na primeira fase, em atenção aos critérios do art. 59 do Código Penal, a pena-base de cada delito de roubo foi fundamentadamente fixada em *05 anos e 04 meses de reclusão e 13 dias-multa* (exasperação em 1/3 acima do mínimo legal), conforme constou:

"Na primeira fase da dosimetria, verifico que as circunstâncias do crime são especialmente negativas, sendo a conduta do agente merecedora de maior reprovação penal, nos termos do artigo 59 do Código Penal. Isso porque, como bem ressaltado pelo d. Promotor de Justiça, os réus, além de demonstraram profissionalismo na ação criminosa, passaram horas com as vítimas, enquanto as drogavam para efetuar a subtração de seus bens, chegando, até mesmo, a colocar a vida dos ofendidos em risco, como já acima fundamentado. Além disso, houve subtração de diversos bens de alto valor da vítima T.J.C, o que lhe causou grave prejuízo."

Nada há que se acrescentar na esmiuçada justificativa para incremento da pena-base, a qual também adoto como razões de decidir.

Na segunda fase, não há circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na derradeira etapa, a pena foi exasperada em 1/3, em razão da incidência da causa de aumento do concurso de agentes, resultando em 07 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão e pagamento de 17 dias-multa.

Por fim, praticados os delitos de roubo em concurso formal, a pena de um dos delitos (já que idênticas) foi exasperada em 1/6, uma vez que foram duas as vítimas. A reprimenda final de B.T.B.M. foi fixada em **08 anos, 03 meses e 16 dias de reclusão e pagamento de 19 dias-multa**, estabelecidos no mínimo

Acesso ao Sumário

legal.

Destaco, neste ponto, que as penas de multa de cada delito de roubo deveriam ter sido somadas, nos termos do art. 72 do Código Penal. Todavia, ausente recurso do Ministério Público neste ponto, fica mantida a pena de multa fixada.

Disposições comuns

Foi fixado o regime inicial **fechado** para os réus.

Com efeito, o regime fechado é o único compatível com a prática do delito de roubo, justamente pela gravidade concreta existente. No presente caso, o crime foi cometido por **três agentes, mediante emprego de substância psicoativa** que reduziu a capacidade de resistência dos ofendidos, bem como **colocou suas vidas em risco.**

Neste ponto, bem discorreu a r. sentença:

"Ambas as vítimas tiveram até mesmo suas vidas colocadas em risco pelos réus, seja pelo fato de terem ministrado a elas substância não identificada, mas causadora de evidente debilidade em sua consciência, seja porque foram colocadas no carro de T.J.C, posicionado como motorista. As vítimas, sob o efeito da droga, apenas cumpriam as determinações dos réus."

Ademais, ressalte-se que o réu V.D.S.S. é reincidente específico, e estava em cumprimento de pena em regime aberto quando da prática dos fatos, de forma que regime mais brando não lhe seria suficiente.

Logo, o regime fechado é o mais adequado para todos os acusados no caso em exame, nos termos do artigo 33, §3º, c.c. artigo 59, ambos do Código Penal. Ademais, o regime menos gravoso, em face da maior reprovabilidade da conduta, não teria o condão de desestimular a prática de novos crimes, o que por si só já autorizaria o regime fechado.

Em virtude do que reza o art. 44, do Código Penal inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, eis que ausentes os requisitos legais (art. 44, I, do Código Penal).

E no tocante ao disposto no art. 387, §2º do Código de Processo Penal, determinando que o tempo da prisão provisória deva ser computado para fixação do regime inicial para o seu cumprimento, entendo não ser possível sua aplicação, eis que inviável a análise de requisitos subjetivos, conforme entendimento desta C. Câmara:

> Apelação criminal. Furto simples e furto qualificado pelo concurso de agentes. Recurso defensivo. Materialidade e autoria demonstradas. Esclarecimentos das vítimas e testemunhas corroborados por demais elementos probatórios produzidos. Acusados detidos na posse da res. Inversão do onus probandi. Ausência de insurgência defensiva nesse ponto. Alegação de atipicidade material da conduta, diante a aplicabilidade do princípio da insignificância. Inviabilidade. Ausência de previsão legal. Res furtiva que não possui valor ínfimo ou irrisório, superando - e muito - montante de

Acesso ao Sumário

10% do salário-mínimo. Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça e desta E. 15ª Câmara de Direito Criminal. Condenação mantida. Dosimetria. Penas-base estabelecidas com critério e de forma fundamentada. Segunda fase. Afastada, de ofício, a reincidência reconhecida em desfavor de Esdras. Acusado que registra uma única condenação pretérita, pela prática de contravenção penal. Exegese do artigo 63 do Código Penal. Pena de Alan exasperada em 1/3 pela reincidência específica. Ausência de fundamentação apta a justificar a exasperação em patamar superior a 1/6. Tese fixada no tema repetitivo nº 1172 do C. Superior Tribunal de Justiça. Percentual de exasperação readequado para 1/6. Regime inicial fechado corretamente estabelecido com relação a Alan. Apelante reincidente e portador de maus antecedentes. Regime prisional que, entretanto, comporta abrandamento com relação a Esdras. Réu tecnicamente primário. Pena privativa de liberdade que comporta substituição por prestação de serviços à comunidade e mais 10 (dez) dias-multa. **Detração penal. Matéria cuja análise compete ao Juízo das Execuções** Criminais. Recurso parcialmente provido.

(TJSP; Apelação Criminal 1502732-18.2023.8.26.0536; Relator (a): Erika Soares de Azevedo Mascarenhas; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Praia Grande - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 27/05/2024; Data de Registro: 27/05/2024 - destaquei)

Por fim, a r. sentença indeferiu o pedido de justiça gratuita formulado em favor de V.D.S.S., pois não comprovada a sua hipossuficiência, acrescentando-que se este possui defesa constituída

Neste ponto, ressalto ser inviável a isenção do pagamento das custas fixadas, pois, nos termos da Lei nº 11.608, de 29 de dezembro de 2003, que dispõe sobre a Taxa Judiciária incidente sobre os serviços públicos de natureza forense:

Artigo 4º - O recolhimento da taxa judiciária será feito da seguinte forma:

§ 9º - Nas ações penais, salvo aquelas de competência do Juizado Especial Criminal - JECRIM, em primeiro grau de jurisdição, o recolhimento da taxa judiciária será feito da seguinte forma:

a) nas ações penais, em geral, o valor equivalente a 100 (cem) UFESPs, será pago, a final, pelo réu, se condenado.

Nem mesmo o beneficiário da Justiça Gratuita é isento dessa taxa, aplicando-se ao caso as disposições legais pertinentes. Não há base legal para a pretendida isenção do pagamento das custas impostas.

Além do mais, ainda que fosse cabível eventual isenção, ela somente poderia ser concedida na fase de execução, eis que nela é que se aferirá a real situação financeira do condenado, já que poderá haver alteração de sua situação econômica posteriormente à data da sua condenação.

Nesse sentido:

Acesso ao Sumário

CRIMINAL. RESP. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. POSSIBILIDADE. PAGAMENTO NA FASE DE EXECUÇÃO DA SENTENÇA. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO. A condição de beneficiário da Justiça Gratuita não isenta o condenado do pagamento das custas. Eventual isenção poderá ser avaliada à época da execução da sentença condenatória, quando serão apreciadas as reais condições quanto ao estado de pobreza do réu e à possibilidade do pagamento das custas processuais sem o prejuízo de seu sustento próprio ou de sua família. Precedentes. Recurso desprovido, nos termos do voto do relator. (STJ - REsp: 343689 MG 2001/0097336-2, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 20/02/2003, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 22.04.2003 p. 253.

Por fim, rejeita-se o pleito de concessão aos réus do recurso em liberdade.

A custódia cautelar dos acusados se mostrou necessária, eis que mantidos os fundamentos para sua decretação, conforme bem expôs a MMª. Magistrada:

"Considerando que os réus permaneceram presos cautelarmente durante a instrução processual e que não houve modificação do cenário fático em que decretada a custódia preventiva, não lhes faculto a oportunidade de recorrer em liberdade, reiterando os termos das decisões de fls. 1/6 das pelas sigilosas e 177/178, que ficam reforçados por esta sentença".

Registra-se, neste ponto, que inexiste direito adquirido aos réus para que lhes seja concedido o direito de apelar em liberdade se, na prolação da r. sentença, a necessidade da prisão preventiva estiver fundamentada, tal como ocorreu na hipótese dos autos.

Nesse sentido já decidiu o C. STJ:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR. RÉU QUE RESPONDEU AO PROCESSO SOLTO. DECRETO FUNDAMENTADO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE DO DELITO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

III - **O direito do réu de apelar em liberdade, assegurado pelo art. 594 do CPP, pode lhe ser denegado, ainda que ele haja permanecido solto durante a instrução criminal, nas hipóteses em que se evidencia, no momento da prolação do édito condenatório, a existência de qualquer das hipóteses previstas no art. 312 do CPP.**

IV - No caso, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em face de toda a apreciação do mérito da r. sentença, somada à quantidade da pena imposta e a gravidade do delito, que justificaram a necessidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública. (precedentes)

Habeas corpus não conhecido.

(HC 372.016/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 04/04/2017)

Conforme destacado, os acusados permaneceram presos durante toda a instrução criminal e não há sentido que sejam soltos quando da sentença condenatória e que lhes fixou regime prisional inicial fechado, onde se materializam, ainda mais, a ilicitude, culpabilidade e punibilidade dos réus.

Nesse sentido, o entendimento do STJ:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REITERAÇÃO DELITIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO EM HABEAS CORPUS DESPROVIDO.

1. A manutenção da custódia cautelar encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, in concreto, a periculosidade do agente - preso quando portava aproximadamente 252g (duzentos e cinquenta e dois gramas) de maconha e 1,66 (um grama e sessenta e seis decigramas) de cocaína - a indicar a necessidade de sua segregação para a garantia da ordem pública, considerando-se, sobretudo, a existência de indicativos nos autos no sentido de que a atividade delituosa era reiterada, o que evidencia a perniciosidade da ação ao meio social. Precedentes.

2. Superveniência de sentença que condenou o Recorrente, pelos crimes de tráfico e de associação para o tráfico de entorpecentes, às penas de 10 (dez) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.400 (mil e quatrocentos) dias-multa, negado o direito de apelar em liberdade.

3. O Superior Tribunal de Justiça sufragou o entendimento "de que **não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar**" (STF - HC

Acesso ao Sumário

89.824/MS, 1.ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 28/08/08).

4. Recurso em habeas corpus desprovido.

(STJ, RHC 31.279/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, 5ª TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 06/06/2013). (grifo nosso - destaquei)

Assim, mantenho o indeferimento do recurso em liberdade.

Ante o exposto, pelo meu voto, **afasto a matéria preliminar e nego provimento aos recursos das defesas**, mantendo-se, a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0001476-57.2024.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante RAISSA BIANCA CAPATI, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.506)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 30 de julho de 2024.

ROBERTO PORTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL - Tráfico de drogas - Pedido de restituição de bem apreendido ou, subsidiariamente, a nomeação do apelante como fiel depositário - Ação penal em andamento - Bem que interessa ao deslinde da causa - Inteligência do artigo 118 do Código de Processo Penal - Possibilidade de perdimento ao final da instrução - Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Raissa Bianca Capati** contra a r. decisão de fl. 16 que indeferiu pedido de restituição de veículo apreendido em processo que apura a prática do crime de tráfico de drogas imputado a Yago Gomes da Silva.

Sustenta a Recorrente ser a legítima proprietária do veículo apreendido (Hyundai/HB20 ano de fabricação 2013, Ano Modelo 2013, de cor branca e

placas FEZ8H54), que teria sido adquirido de forma lícita e sem qualquer envolvimento com o delito apurado na ação penal. Assim, requer a restituição do bem ou, subsidiariamente, seja nomeada fiel depositária (fls. 25/31).

Oferecidas contrarrazões (fls. 37/39), vieram os autos a este Tribunal.

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do apelo (fls. 49/50).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento. Segundo relata a denúncia, Yago Gomes da Silva, companheiro da Apelante, no dia 11 de janeiro de 2024, por volta da 11h, na rua Silvio Colturato, nas proximidades do nº 921, Jardim Simões, cidade e Comarca de São José do Rio Preto, teria mantido em depósito e transportado no veículo Hyundai/HB20, de cor branca e placas FEZ8H54, um "tijolo" de cocaína, com peso líquido de 1003,54 gramas e dois "tijolos" de cocaína na forma de crack, pesando 1999,62 gramas (fls. 114/116).

Pois bem.

A Apelante alega ser a legítima proprietária do veículo, o qual teria sido emprestado brevemente ao acusado.

Depreende-se dos depoimentos prestados pelos policiais militares perante a autoridade policial que havia informações de que determinado indivíduo praticava o tráfico de drogas no bairro Simões e, no dia 11 de janeiro de 2024, foram novamente informados que esse indivíduo havia recebido grande quantidade de droga, ocasião em que, realizada a abordagem de Yago, teriam localizado no interior do referido automóvel as porções de drogas acima descritas (fls. 03/05).

Assim, há indícios de que o veículo foi utilizado no delito imputado a Yago.

Como é cediço, a restituição de coisas apreendidas no curso de inquérito ou de ação penal condiciona-se a três requisitos: demonstração cabal da propriedade do bem pelo requerente (artigo 120, *caput*, do CPP); ausência de interesse no curso do inquérito ou da instrução judicial na manutenção da apreensão (artigo 118 do CPP); e não estar o bem sujeito à pena de perdimento (artigo 91, II, do CP).

O artigo 118 do Código de Processo Penal, ao tratar da restituição de bens apreendidos, estabelece que, antes do trânsito em julgado da sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo.

Por conseguinte, o veículo continua sendo objeto de interesse para o curso da ação penal, mostrando-se prematura sua liberação. A restrição, portanto, encontra lastro no citado artigo e ecoa na jurisprudência desta colenda Câmara julgadora, a exemplo dos precedentes:

"APELAÇÃO CRIMINAL - RESTITUIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR APREENDIDO EM INQUÉRITO POLICIAL - DÚVIDA RA-

Acesso ao Sumário

ZOÁVEL INSTAURADA SOBRE A PROPRIEDADE DO VEÍCULO - NECESSIDADE DA CONSTRIÇÃO - EXEGESE DO ART. 118 DO CPP - PRECEDENTE RECURSO - DESPROVIDO". (TJSP, 4ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 0004528-05.2017.8.26.0286, Rel. Des. Euvaldo Chaib, DJ 10.09.2019).

"APELAÇÃO CRIMINAL EM MANDADO DE SEGURANÇA - INCONFORMISMO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE BEM APREENDIDO – Descabimento - Automóvel objeto de possíveis delitos de estelionato contra o proprietário (ora apelante) e terceiro adquirente de boa-fé - (...) - Bem que ainda interessa ao processo, nos termos do art. 118, do CPP. Recurso desprovido. (...) Sobre o tema, o magistério de Maria Thereza de Moura: 'Para que a coisa apreendida possa ser restituída exige-se, cumulativamente: a) certeza do direito do reclamante sobre a coisa; b) falta de interesse, para o processo, na retenção da coisa. Portanto, ainda que preenchido o primeiro pressuposto, a coisa apreendida não será entregue ao reclamante antes do trânsito em julgado, enquanto interessar ao processo' (Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, vol. 2. São Paulo: RT, 2004, p. 1397/13980). (...)" (TJSP, 4ª Câmara Criminal, Apelação nº 0011331-53.2013.8.26.0606, rel. Des. Camilo Léllis, j. 08.03.2016, V.U.).

Ademais, caso a pretensão punitiva seja acolhida pelo Juízo no feito principal, o confisco mostra-se possível, com a perda do bem, nos termos dos artigos 62 e 63 da Lei nº 11.343/2006 e artigo 243 da Constituição Federal.

Nesse sentido também é o posicionamento desta Colenda Câmara:

"APELAÇÃO - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VEÍCULO APREENDIDO EM PROCESSO DE TRÁFICO, AINDA EM ANDAMENTO – IMPOSSIBILIDADE - RESTITUIÇÃO INDEFERIDA DE FORMA FUNDAMENTADA - DECISÃO QUE SUBSISTE - A AÇÃO PENAL AINDA NÃO SE ENCERROU E HÁ POSSIBILIDADE DE CONFISCO, CASO SEJA DEMONSTRADO O EMPREGO DO VEÍCULO COMO INSTRUMENTO PARA A PRÁTICA DO TRÁFICO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO". (Apelação Criminal nº 0003837-78.2022.8.26.0362, Rel. Euvaldo Chaib, DJ 10.03.2023).

"APELAÇÃO - RESTITUIÇÃO DE COISAS APREENDIDAS - Alegação de propriedade do veículo utilizado por rés reincidentes especificas em crime de tráfico, para traficância - Possibilidade de perdimento ao final da instrução - Bens que ainda interessam ao processo Inteligência aos art. 118 do Código de Processo Penal e art. 63 da Lei nº 11.343/06 - Recurso desprovido". (Apelação Criminal nº 0001004-37.2021.8.26.0099, Rel. Edison Brandão, DJ 02.06.2021).

Destaca-se que o perdimento, nos termos dos artigos 61 e 63 da Lei nº

11.343/06, não é condicionado ao fato de ter sido o bem adquirido com valores provenientes do crime ou de ser de propriedade do autor do delito, mas apenas ao fato de ser empregado no narcotráfico.

Por fim, tampouco encontra amparo o pleito de nomeação da Apelante como fiel depositária do veículo, uma vez que não trouxe aos autos o Certificado de Registro e Licenciamento do Veículo (CRLV) a comprovar a propriedade e regularidade do bem nem comprovou que o automóvel foi adquirido de maneira lícita, além de constar no auto de vistoria para remoção de veículos que o bem está com a numeração do chassi suprimida (fl. 44 dos autos de origem).

Nesse sentido:

"Apelação criminal - Tráfico de substância entorpecente - Apreensão de veículo automotor usado no crime - Recurso objetivando a restituição do bem, mediante comprovada propriedade de terceiro de boa-fé ou, subsidiariamente, a nomeação do apelante como fiel depositário - Impossibilidade - Antes do trânsito em julgado da sentença, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas, enquanto interessarem ao processo - Inteligência do artigo 118 do Código de Processo Penal - Feito que ainda se encontra em fase de instrução - Necessária a manutenção da apreensão do bem. Recurso não provido." (TJSP Apelação Criminal nº 0012007-05.2018.8.26.0451; Rel. Moreira da Silva 13ª Câmara de Direito Criminal; j. 22/08/2019).

Portanto, enquanto não encerrada a fase de produção de provas e não demonstrado, em sentença, de que o bem apreendido não se destinava mesmo à prática delitiva, os pleitos de restituição e de nomeação da Apelante como fiel depositária são improcedentes.

Destarte, pelo meu voto, **nega-se provimento** ao recurso de apelação, mantendo-se, na íntegra, a r. decisão recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1504982-77.2022.8.26.0368, da Comarca de Monte Alto, em que é apelante ADRIANO DORIVALDO JOVANELLI, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitadas as preliminares, DERAM PARCIAL PROVIMENTO à apelação, tão somente para reduzir a pena imposta ao réu para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial aberto, acrescida do pagamento de 193 dias-multa, cada qual no mínimo legal, mantida, no mais, a sentença. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.983)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEXANDRE ALMEIDA (Presidente sem voto), GUILHERME G. STRENGER e XAVIER DE SOUZA.

São Paulo, 31 de julho de 2024.

RENATO GENZANI FILHO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - Réu condenado como incurso no artigo 273, §1º-B, incisos I, III e V, por duas vezes, na forma artigo 69, "caput", todos do Código Penal, à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial aberto, além da pecuniária no valor de 332 dias-multa, calculados pelo valor unitário mínimo, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, à razão de uma hora de serviço por dia de condenação, e outra de multa, no valor de 10 dias-multa - Preliminares - Pedido de reconhecimento da nulidade do laudo de exame grafotécnico - Alegação de que nele não constam as imagens dos materiais gráficos examinados, bem assim porque o réu foi induzido, na coleta do material gráfico, a "escrever a frase de forma idêntica à que constava no envelope" das substâncias apreendidas - Rejeição - Laudo de exame grafotécnico que, apesar de não apresentar as imagens dos manuscritos, traz suas descrições, não deixando qualquer dúvida de que os manuscritos analisados correspondem exatamente àqueles dos pacotes que acondicionavam as substâncias apreendidas e dos autos de colheita de material gráfico do réu - Laudo, ademais, confeccionado por perito oficial - Defesa que não comprovou que o réu foi induzido a imitar a forma de escrita constante dos referidos pacotes - Colheita dos materiais gráficos do réu realizada na presença de delegados de polícia e de escrivão de polícia, não sendo crível a alegação de que eles tenham induzido o réu a imitar a forma de escrita dos referidos pacotes com o intuito de prejudicarem-no, ainda mais porque eles sequer o conheciam - Cerceamento de defesa, decorrente do indeferimento do pedido de expedição de ofício aos Correios para obter as qualificações de testemunhas - Inocorrência - Qualificação das teste-

Acesso ao Sumário

munhas que compete à defesa, nos termos do artigo 396-A do CPP – Precedente - Defesa que, sequer, justificou satisfatoriamente o pedido de intervenção judicial - Mérito - Pedido de absolvição - Não acolhimento - Autoria e materialidade delitivas comprovadas pelas provas oral, documental e pericia, corroboradas por elementos informativos, os quais dão conta de que o réu foi o remetente dos pacotes que acondicionavam as substâncias apreendidas - Laudo pericial que comprova que as substâncias apreendidas não possuem registro no órgão de vigilância sanitária competente, não presenta as características de identidade e qualidade admitidas para sua comercialização e são de procedência ignorada - Condenação mantida - Dosimetria da pena - Readequação - Mantida a aplicação da pena prevista para o crime de tráfico ilícito de drogas, em atenção ao precedente firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça nos autos do HC 239.363/PR, datado de 26/02/2015 - Primeira fase - Pena-base mantida no mínimo legal - Segunda fase - Pena inalterada - Terceira fase - Mantida a incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, no patamar de 2/3 - Sentença parcialmente alterada para afastar o concurso material de crimes e reconhecer a continuidade delitiva - Crimes da mesma espécie, praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução - Aplicação do critério da exasperação de pena - Regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade por multa e uma pena restritiva de direitos mantidos - Apelação parcialmente provida, tão somente para reduzir a pena imposta ao réu para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial aberto, acrescida do pagamento de 193 dias-multa, cada qual no mínimo legal, mantida, no mais, a sentença.

VOTO

Vistos.

ADRIANO DORIVALDO JOVANELLI foi denunciado como incurso no artigo 273, §1º-B, incisos I, III e V (DUAS VEZES), c.c. o artigo 69, "caput", todos do Código Penal, porque, segundo a acusação, "no dia 05 de janeiro de

Acesso ao Sumário

2022, em horário comercial, na Agência da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, situada na Av. José Luiz Franco da Rocha n. 379, Centro, na cidade e comarca de Monte Alto/SP, ele vendeu produtos destinados à fins terapêuticos ou medicinais, sem registro no órgão competente, sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização e de procedência ignorada, quais sejam: a) dois frascos ampola de "Testosterona 250mg/10ml", fabricante Snake, com resultado positivo para a substância propionato de testosterona; b) um frasco ampola de "Decanoato de Nandrolona, 300mg/10ml", fabricante Iron Lab, com resultado positivo para a substância decanoato de nandrolona; c) um frasco ampola de "Boldenona 250mg/10ml", fabricante Snake, com resultado positivo para a substância cipionato de testosterona; d) um frasco ampola de "Decanoato de Nandrolona 300mg/10ml", fabricante Iron Lab, positivo para a substância decanoato de nandrolona; e) um frasco ampola de "Enantato de Testosterona 250mg/10ml", fabricante Iron Lab, com resultado positivo para a substância enantato de testosterona, todos apreendidos e periciados às fls. 11/12 e 14/21".

Segundo narrado pela acusação: "*o denunciado que é formado em educação física e já foi fisiculturista, se valendo de um site e de perfil na rede social 'Instagram' efetuou a venda de substâncias anabolizantes de forma irregular. Assim, o comprador de nome 'Daniel Henrique Batista', residente na Rua José Zenati n. 250, Alvaro Beltrame de Souza, na cidade de Itapuí/SP, ajustou com ADRIANO a compra de 3 (três) frascos ampola dos itens acima citados, que foram enviados no dia 05 de janeiro de 2022, constando na encomenda o remetente 'Adriano' e o destinatário 'Daniel' (fls. 07). Do mesmo modo, o comprador de nome 'Jorran Bruno Camargo de Mello', residente na Avenida Três, n. 1717, Centro, na cidade de Rolândia/SP, ajustou com ADRIANO a compra de 3 (três) frascos ampola dos itens acima citados, que foram enviados no dia 05 de janeiro de 2022, constando na encomenda o remetente 'Adriano' e o destinatário 'Jorran' (fls. 09). Ocorre que os referidos medicamentos foram retidos no fluxo postal, após procedimento de fiscalização eletrônica realizada por equipamentos de Segurança Postal, Raio-X e Espectrômetro de Massa, sendo apreendidos no Centro de Tratamento de Cartas e Encomendas dos Correios da cidade de Ribeirão Preto/SP (fls.08), diante da suspeita de conteúdo ilícito, o que foi confirmado com a abertura e a realização do laudo pericial (fls. 06, 08 e 14/21). O laudo pericial concluiu que os princípios ativos detectados nos itens A, B, C, D e E são substâncias anabolizantes e estão relacionadas na Portaria ANVISA 344/98 (e suas atualizações), na Lista C5, Lista Das Substâncias Anabolizantes - sujeitas a receita de controle especial em duas vias. Concluiu ainda que não consta número de registro de órgão de saúde e/ou vigilância sanitária nos rótulos dos produtos apreendidos e periciados (fls. 14/21). Iniciadas as investigações e colhido o material gráfico de ADRIANO,*

Acesso ao Sumário

em exame pericial grafotécnico, indicou que o manuscrito constante dos dois envelopes postados partiu do punho do denunciado, haja vista a preponderância de convergência entre os materiais gráficos comparados (fls. 117/123). Assim, considerando as circunstâncias da apreensão dos medicamentos e os dados contidos, restou evidente que o denunciado vendeu, em duas ocasiões, ciente da ilicitude, produtos sem registro no órgão competente, sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização e de procedência ignorada".

Recebida a denúncia, o processo se desenvolveu de forma regular, sobrevindo a sentença de fls. 227/237, que condenou o réu ADRIANO DORIVALDO JOVANELLI pela prática do crime tipificado no art. 273, § 1º-B, incisos I, III e V, por duas vezes, c/c o art. 69, caput, todos do Código Penal (acolhido o preceito secundário do artigo 33 da Lei nº 11.343/06), à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial aberto, além da pecuniária no valor de 332 dias-multa, calculados pelo valor unitário mínimo, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, à razão de uma hora de serviço por dia de condenação, e outra de multa, no valor de 10 dias-multa.

Apela o réu, pugnando, preliminarmente, pelo reconhecimento da nulidade do laudo pericial, sob o argumento de que nele não há imagens do material grafotécnico periciado, bem assim porque, durante a coleta do material gráfico, foi induzido a escrever a frase de forma idêntica à que constava no envelope. Aponta, ainda como cerceamento de defesa, o indeferimento de diligências para qualificar duas testemunhas, funcionários da agência local dos Correios, para que elas pudessem esclarecer se ele tinha por hábito usar dos serviços dos Correios. Foi vítima de falsificadores, quando usaram seu nome e foto para venda dos produtos ilícitos. No mérito, pugna pela absolvição, sob o argumento de falta de provas. Alega que foi vítima de falsificadores, quando usaram seu nome e foto para venda dos produtos ilícitos (fls. 266/272).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 280/285), a d. Procuradoria Geral de Justiça, manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 294/302).

É o relatório.

O apelo comporta parcial provimento, nos termos das razões a seguir expostas.

Quanto à preliminar de nulidade do laudo de exame grafotécnico, acostado às fls. 118 dos autos, razão não assiste à defesa.

De pronto, registre-se que, apesar de não constar no laudo de exame grafotécnico de fls. 117/123 dos autos as imagens dos materiais gráficos examinados - possivelmente por falha na transmissão das imagens contidas no referido laudo para os autos digitais - verifica-se, da descrição das peças de exame e dos padrões de confronto (fls. 118/119), que os materiais gráficos examinados

Acesso ao Sumário

pela Sra. Perita Raquel de Freitas Figueiredo correspondem exatamente àqueles constantes nas Declarações de Conteúdo dos pacotes que acondicionavam as substâncias apreendidas (fls. 06/10) e os fornecidos pelo réu em 23/11/2022 e em 26/04/2023, conforme autos de colheita de material gráfico acostados às fls. 74/77 e 111/114 dos autos.

Assim sendo, não se vislumbra nenhum prejuízo à defesa, decorrente da ausência das referidas imagens, até mesmo porque quem possui qualificação técnica para examiná-las é apenas referida perita.

Outrossim, rejeita-se a alegação da defesa de que o réu, durante a colheita do material gráfico, foi induzido a imitar o manuscrito constante nas Declarações de Conteúdo, pois nenhuma prova foi produzida nesse sentido.

Ademais, tais declarações revelam-se fantasiosas.

Conforme se depreende dos autos de colheita de material gráfico acostados às fls. 74/77 e 111/114 dos autos, o material gráfico do réu, na primeira ocasião, foi colhido pelo Delegado de Polícia ARMADO LUIZ ACQUARO e pelo Escrivão de Polícia EVANDRO DE OLIVEIRA e, na segunda ocasião, foi colhido na presença da Delegada de Polícia ANDREA CRISTIANE FOGAÇA DE SOUZA NOGUEIRA e do Escrivão de Polícia EVANDRO DE OLIVEIRA, os quais assinam os respectivos autos, sendo pouco crível que todos esses agentes policiais tenham se conluiado entre si para prejudicar o réu, quem sequer eles conheciam.

Ademais, imitar a forma de escrita de outra pessoa exige uma habilidade incomum, não sendo crível que o réu seria capaz de fazê-la com tamanha perfeição a ponto de se prejudicar e de enganar referida perita, que apresentou referido laudo conclusivo no sentido de que: "Os lançamentos presentes nas Declarações de Conteúdos examinadas apresentam uma preponderância de congruências entre si, mostrando que tais assentadas foram geradas por um mesmo punho escritor. Nos estudos realizados entre os lançamentos constantes nas Declarações de Conteúdo examinadas e o Auto de Colheita de Material Gráfico de Adriano Dorivaldo Jovanelli, verificou-se uma preponderância de similaridades, mostrando que tais assentadas foram geradas por seu punho".

O que se constata é que o réu foi orientado a copiar o conteúdo do manuscrito constante das referidas Declarações de Conteúdo e não induzido a imitar sua forma de escrita.

Assim, rejeita-se a arguição preliminar de nulidade do referido laudo de exame grafotécnico.

Também alega a defesa do réu que houve cerceamento de defesa decorrente do indeferimento de expedição de ofícios às agências dos correios local "*para que, apresenta a qualificação de 01 (um) colaborar de cada Agência, de preferência aqueles mais maior tempo de trabalho, para figurar como testemunha da Defesa*" (sic - fls. 162).

Acesso ao Sumário

Sem razão.

Isso porque compete à defesa fornecer todos os dados qualificativos das testemunhas que pretende arrolar, nos termos do artigo 396-A do CPP, a saber: "*Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas* ***e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação****, quando necessário*".

> PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ART. 2º, §§ 2º e 4º, IV e V, DA LEI 12.850/13, ART. 33, C.C. ART. 40, I e V, E ART. 35, DA LEI 11.343/06. INDEFERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO DE TESTEMUNHAS. ENDEREÇOS INEXISTENTES. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INDEFERIMENTO DE INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHAS DOMICILIADAS NO EXTERIOR. PRINCÍPIO DA DISCRICIONARIEDADE REGRADA. AUSÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA. ÔNUS DA DEFESA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.
>
> I - Não há constrangimento ilegal no indeferimento do pedido de substituição de testemunhas, quando a defesa indica endereço inexistente, e, noutro giro, não informa ao juízo acerca de novos endereços nos quais as testemunhas já indicadas pudessem ser localizadas.
>
> II - "Estando fundamentada a negativa de oitiva das testemunhas residentes no exterior e não demonstrada a imprescindibilidade da prova, como determina o art. 222-A do CPP, é afastada a alegação de cerceamento de defesa e violação ao princípio do contraditório" (RHC n. 42.954/PE, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 20/10/2016, DJe de 11/11/2016).
>
> III - Compete à defesa fornecer a completa qualificação das testemunhas de defesa, o que não foi observado, mesmo após o magistrado oportunizar a regularização das informações apresentadas.
>
> Recurso ordinário desprovido.
>
> (RHC n. 78.273/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 16/5/2017, DJe de 31/5/2017.)

Registre-se que a defesa do réu não comprovou a necessidade da intervenção judicial para obter os dados qualificativos dos funcionários das referidas agências dos Correios, apresentado provas de que referida empresa recusou-se a fornecê-los.

Logo, não há nenhuma nulidade processual a ser reconhecida.

Passa-se, então, à análise do mérito.

Realizada a instrução, as provas produzidas nos autos não deixam dúvidas de que o réu praticou as condutas que lhe são imputadas na denúncia, nos

Acesso ao Sumário

termos relatados supra.

A materialidade delitiva restou comprovada pelos seguintes elementos: boletim de ocorrência (fls. 03/05); auto de exibição e apreensão (fls. 11/12); laudo de exame químico-toxicológico (fls. 14/17); fotografias dos envelopes e dos frascos das substâncias apreendidos (fls. 18/21); autos de colheita de material gráfico em 23/11/2022 (fls. 74/77) e em 26/04/2023 (fls. 111/114); laudo pericial grafotécnico (fls. 117/123), bem como pela prova oral produzida em juízo, sob o crivo do contraditório judicial.

A autoria do réu é inequívoca.

A testemunha de acusação DANIEL HENRIQUE BATISTA, em sede policial, confirmou que teve três ampolas do medicamento "Durateston" apreendidas pela Polícia Civil da cidade de Ribeirão Preto/SP, tendo em vista que quando pesquisava pelo rastreio da encomenda, mostrava que tal mercadoria estava detida naquela cidade. Disse que fez a compra através de um site que pesquisou no Google, mas não recorda o nome do site de vendas. Relatou que desconhece a pessoa de nome Adriano Dorivaldo Jovanelli. Disse que foi a primeira vez que fez a compra dos referidos medicamentos através deste site, inclusive, sendo a primeira vez que teve medicamentos apreendidos, pois é atleta de fisiculturismo e faz uso constante para performance esportiva, comprando vários medicamentos através de sites, bastando pesquisar no Google, que de imediato aparecem vários sites de laboratórios que vendem e entregam para todo o Brasil. Ficou surpreso com a intimação, pois já tinha conhecimento que havia perdido tais medicamentos. Salientou que compra os medicamentos para o próprio uso e as três ampolas durariam aproximadamente três meses (fls. 49).

Em juízo, DANIEL HENRIQUE BATISTA reiterou as alegações apresentadas em solo policial. Às perguntas da acusação, respondeu que fez a compra dos produtos por um grupo de *WhatsApp* e pelo Mercado Livre, mas os produtos não chegaram, recebeu apenas uma carta para comparecer até a delegacia. É competidor de Fisiculturismo há dez anos e só teve problema dessa vez. O vendedor não se identificou, não teve nenhum endereço, não se recorda de nome algum, só apelido "nene". Efetuou o pagamento dos produtos, em torno de R$ 400,00, pelo próprio aplicativo. Não se recorda se foi PIX ou cartão de crédito. Forneceu o endereço de sua casa para entrega. Não sabe de qual cidade viriam os produtos. Na delegacia disseram que tinha sido apreendida uma mercadoria e queriam saber se era ele que havia comprado. Os produtos eram Testosterona e Durateston. Às perguntas da defesa, respondeu que não tem como arrumar o comprovante de pagamento dos produtos que adquiriu. Não conhece o acusado Adriano.

A testemunha de acusação JORRAN BRUNO CAMARGO DE MELLO, em sede policial, informou que participava de um grupo na rede social Instagram, denominado "...", onde o declarante realizou uma compra de anabolizan-

Acesso ao Sumário

tes. Após realizar o pagamento, foi excluído do referido grupo e nunca recebeu a encomenda. Não conhece a pessoa de Adriano Dorivaldo Jovanelli e nunca trocou correspondências com ele. Foi a primeira vez que realizou este tipo de compra. Não conhece nenhum dos integrantes do referido grupo, de forma que não soube informar seus nomes (fls. 57).

Em juízo, JORRAN BRUNO CAMARGO DE MELLO reproduziu a versão apresentada em solo policial, acrescentando que só conheceu o acusado quando foi chamado na delegacia e foi procurar o nome dele nas redes sociais. Às perguntas da acusação, respondeu que recorda de ter feito a compra de substâncias anabolizantes, mas não as recebeu. Fez a compra por meio de um grupo do Instagram, mas depois que efetuou o pagamento o grupo sumiu e não responderam mais. Era um perfil, mas não lembra o nome, pois não utiliza mais a conta. Só conversou diretamente no grupo. Não recorda o valor que pagou, mas fez o depósito. Não foi informado de qual cidade partiriam os produtos. Foi a primeira vez que comprou tais produtos. Às perguntas da defesa, respondeu que não conhece o acusado, só o viu pelo perfil da internet. Nunca viu o acusado. Não lembra como foi feito o pagamento, acha que sua esposa pagou boleto.

A testemunha de acusação CARLOS ALBERTO BEVILACQUA, gerente dos correios em Ribeirão Preto/SP, ouvido em juízo, relatou que não se recorda se os produtos saíram de Monte Alto, mas sabe que foram apreendidos na agência do correio em Ribeirão Preto. Às perguntas da acusação, respondeu que tem um aparelho de raio X nesta agência de Ribeirão Preto, onde as encomendas são passadas por amostragem, ou seja, em média 1.500 encomendas são verificadas por dia. E quando a máquina detecta que possam ser animais vivos, drogas ou anabolizantes, qualquer substância ilícita, é emitido um ofício para a polícia civil e lavrado um termo de retenção do objeto e depois faz um recibo de entrega à polícia que vai retirar. Depois os trâmites seguem com a polícia civil. Mostrada a fotografia do envelope apreendido (fls. 18), foi explicado que o preenchimento em caneta do destinatário da encomenda não é realizado por nenhum funcionário dos correios. O envelope deve ser preenchido por quem o enviará, nem mesmo para pessoa analfabeta é autorizado o preenchimento por um funcionário do correio. Às perguntas da defesa, respondeu que qualquer pessoa pode comprar o envelope e preenchê-lo.

A testemunha de defesa, JULIANO GUIMARÃES CARDOSO, ouvido em juízo, disse que ADRIANO é seu personal. Às perguntas da defesa, respondeu que conhece o acusado há aproximadamente 2 anos. ADRIANO nunca lhe ofereceu nenhum produto anabolizante. Não conhece ninguém que já tenha comprado com ele. Não tem conhecimento se o acusado vende anabolizante. Nunca presenciou nenhuma situação envolvendo o acusado e anabolizantes. As aulas são na residência do acusado.

A testemunha de defesa, IGOR TEREZANE NARDOCCI, ouvido em

Acesso ao Sumário

juízo, disse que frequenta a mesma academia que Adriano há quase 20 anos. Às perguntas da defesa, respondeu que sabe que quando o acusado competia, como atleta profissional, ele fazia uso de anabolizante, inclusive com acompanhamento médico. Venda de anabolizante não, nunca viu ele vendendo, nem lhe ofereceu. Ficou sabendo que o acusado brigou com uns homens que foram tentar vender na academia, isso aconteceu há alguns anos, antes da pandemia. Não lembra com quem o acusado brigou, pois não presenciou.

O réu ADRIANO DORIVALDO JOVANELLI, em sede policial, declarou que nunca enviou nenhuma encomenda para a cidade de Ribeirão Preto/SP com substâncias ilícitas. Era fisiculturista e como tal usava substâncias como "testosterona (Durateston)", "acetato de Trembolona" e "Boldenona", mas atualmente usa somente "Durateston". Alguém deve ter usado seus dados para enviar tais substâncias. É formado em educação física e está estudando nutrição. Tem conhecimento de que a comercialização de tais substâncias tem consequências graves e jamais iria comercializá-las ou enviá-las pelos correios. Por ter sido atleta e usado muitos tipos de anabolizantes, é bastante conhecido no município. Não conhece ninguém chamado "Jorran" da cidade de Ribeirão Preto/SP (fls. 22).

Em juízo, o réu declarou que tem 40 anos, é casado, tem 3 filhos maiores, trabalha como nutricionista e professor de educação física, nunca foi preso, é usuário de anabolizante. Quanto aos fatos nega a acusação, disse que usa há mais de 20 anos e sabe os riscos para quem comercializa. Jamais faria isso e nem precisa, pois é bem-sucedido, tem um bom salário. Tentaram incriminá-lo, coisa de algum desocupado, pois não tem motivo algum para comercializar algo desse tipo. Às perguntas da acusação, respondeu que discutiu com um rapaz dentro de uma academia que teve há alguns anos, que já não possui mais, porque ele estava vendendo anabolizantes dentro da academia do declarante. Só bateram boca. Era um dos que compravam dele na época. Todo mundo achava que quem treinava com ele usava bomba. Tem mais de 1300 alunos entre presenciais e on-line, porque cobra resultado. O desentendimento foi no ano de 2010, faz bastante tempo. Pediu para o rapaz parar, porque falavam que o pessoal comprava na academia do Adriano, não do vendedor. Foi intimado para comparecer na delegacia, para fazer coleta de material gráfico. Tem rede social, mas usa pouco, pois não tem tempo para mexer. Na delegacia lhe mostraram fotos dos produtos apreendidos. Não reconhece como sua a letra nos envelopes apreendidos no correio contendo as substâncias anabolizantes. Foi duas vezes na delegacia colher material caligráfico, pois conforme informado pelo escrivão na segunda vez, na primeira colheita, deu a entender para o perito que estava tentado adulterar a letra para ser diferente. Então o escrivão Evandro disse para tentar fazer o mais parecido possível a letra, então só copiou. A assinatura do envio é completamente diferente da sua. Só estava presente o escrivão na colheita

Acesso ao Sumário

de prova, a delegada não. Conhece o escrivão, mas não tem amizade, nem rusga com ele. Não participa de grupos no Instagram. Não conhece Daniel nem Jorran. Às perguntas da defesa, respondeu que entre profissionais não existe rivalidade, inclusive indicam clientes uns para os outros, mas tem alguns que não tem a mesma clientela e agem de má-fé tentando prejudicar as pessoas. Não sabe quem estaria tentando prejudicá-lo. Só desconfia do Edilson, apelido "nene". Discutiu com ele, porque comercializava em sua academia e estava "queimando seu filme". Não sabe o nome completo dele. Sabe que ele continua vendendo bastante. Inclusive muitos clientes falaram que compraram por indicação com ele. Tem clientes que são da polícia e familiares de policiais.

Pois bem, conforme se pode observar, as provas produzidas nos autos não deixam dúvidas de que o réu praticou os fatos que lhe são imputados, quais sejam, nas circunstâncias de tempo e de lugar descritas na denúncia, vendeu produtos destinados à fins terapêuticos ou medicinais, sem registro no órgão competente, sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização e de procedência ignorada.

As testemunhas DANIEL HENRIQUE BATISTA e JORRAN BRUNO CAMARGO DE MELLO confirmaram que efetuaram a compra das referidas substâncias, as quais lhe seriam entregues pelos Correios.

Embora elas não tenham colaborado com a identificação da pessoa que lhes vendeu tais substâncias, alegando que a desconheciam, certo é que através dos dados do remetente constantes dos pacotes que acondicionavam tais substâncias e dos manuscritos constantes das respectivas Declarações de Conteúdo foi possível a identificação do réu.

Consigne-se que o réu sequer se preocupou em ocultar seu endereço ao preencher os Comprovantes de Postagem e as Declarações de Conteúdos dos pacotes que acondicionavam as substâncias descritas na denúncia, pois o endereço informado nesses documentos (Rua ... fls. 07 e 09/10) corresponde ao informado na Procuração outorgada por ele aos seus defensores (fls. 149).

Se não bastasse, referido laudo de exame grafotécnico apresentou-se conclusivo no sentido de que os manuscritos constantes nas referidas Declarações de Conteúdo partiram do punho do réu, restando infirmada a tese defensiva de que o réu foi vítima de falsificadores, que usaram seu nome e foto para venda dos produtos ilícitos.

E, por fim, o laudo de exame químico-toxicológico (fls. 14/17) confirmou que: (i) as substâncias apreendidas são substâncias anabolizantes e estão relacionadas na Portaria ANVISA 344/98 (e suas atualizações), na Lista C5, Lista Das Substâncias Anabolizantes, Sujeitas A Receita De Controle Especial Em Duas Vias; (ii) "*os itens descritos são comumente destinados a fins terapêuticos ou medicinais e suas especificações estão descritas no item 'MATERIAL' deste laudo. Não consta número de registro de órgão de saúde e/ou vigilância sani-*

Acesso ao Sumário

tária nos rótulos dos itens descritos acima; (iii) não foi possível identificar a procedência de tais substâncias.

Logo, é de rigor a manutenção da condenação do réu como incurso no art. 273, § 1º-B, incisos I, III e V, do Código Penal, por duas vezes, tendo em vista que foram realizadas duas vendas, uma para ANDRE e outra para JORRAN.

É possível, no entanto, o reconhecimento da continuidade delitiva, nos termos do artigo 70 do CP, em detrimento do concurso material de crimes, pois, mediante mais de uma ação, o réu praticou dois crimes da mesma espécie, nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução, razão pela qual se deve aplicar no cálculo das penas o critério da exasperação.

Assim sendo, passa-se à dosimetria da pena, que comporta alteração.

O D. Juízo de Origem, em atenção ao precedente firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça nos autos do HC 239.363/PR, datado de 26/02/2015, aplicou corretamente ao caso as penas previstas para o crime de tráfico ilícito de drogas (Lei nº 11.343/2006, artigo 33 5 a 15 anos de reclusão), em detrimento das penas previstas no preceito secundário do artigo 273 do CP, consideradas inconstitucionais pela referida Corte Superior em razão da desproporcionalidade.

Bem assim, observando que se encontravam presentes os requisitos previstos no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 (primariedade, bons antecedentes e ausência de provas de que o réu se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa), o D. Juízo de Origem, corretamente, reconheceu que incide a respectiva causa de diminuição de pena, no patamar máximo de 2/3.

Assim, na primeira fase, mantém-se a pena-base fixada em 5 anos de reclusão, acrescida de 500 dias-multa, para cada crime.

Na segunda fase, não incidem circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, incide referida causa de diminuição de pena, no patamar de 2/3, resultando, como pena final para cada um dos dois crimes cometidos, 1 ano e 8 meses de reclusão, acrescida do pagamento de 166 dias-multa.

Reconhecida a continuidade delitiva, a sentença comporta pequeno reparo para aplicar a pena de um dos crimes, acrescida de 1/6 (dois crimes), resultando na pena final de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, acrescida do pagamento de 193 dias-multa.

Acesso ao Sumário

O regime inicial aberto deve ser mantido.

Por fim, mantém-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, à razão de uma hora de serviço por dia de condenação, e outra de multa, no valor de 10 dias-multa.

Ausentes outras questões, mantém-se no mais a sentença.

Diante do exposto, rejeitadas as preliminares, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** à apelação, tão somente para reduzir a pena imposta ao réu para

1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial aberto, acrescida do pagamento de 193 dias-multa, cada qual no mínimo legal, mantida, no mais, a sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Apelação Criminal nº 0006610-49.2020.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante A. P. P. C., 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: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V. U." de conformidade com o voto de relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 66.632)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), EUVALDO CHAIB e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 6 de agosto de 2024

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

EMENTA: Incidente de insanidade mental. Laudo pericial que conclui pela imputabilidade da acusada à época da prática delitiva. Preliminar inconsistente. Decisão da origem homologando o exame técnico que aprecia devidamente o tema colocado em discussão. Ausência de fundamentação. Inocorrência. Mérito. Rejeição da impugnação da defesa que deve ser mantida. Laudo pericial deveras minucioso, até como nem costuma ser em casos análogos, dando a entender, perfeitamente, que a acusada é imputável. Ausência de vícios quaisquer. Quesitos das partes devidamente respondidos pelo perito. Exame livre do laudo pelo Magistrado, que é o destinatário final da prova. Inteligência do art. 182, do Código de Processo Penal. Impossibilidade do exame acerca da eventual inimputabilidade da ré por aqui, sob pena de supressão de instância. Apelo improvido, rejeitada a preliminar.

VOTO

Visto.

Cuida-se de apelação interposta por **A. P. P. C.** contra a r. decisão de f. 119, que ***rejeitou a impugnação ao laudo pericial elaborado pelo Institu-***

Acesso ao Sumário

to de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo ('IMESC'), no incidente de insanidade mental instaurado nos autos do Processo nº 1503195-33.2018.8.26.0536, da 5ª Vara Criminal da Comarca de Santos - o qual apura a suposta prática dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico -, homologando-o.

O apelo - *f. 137/152* - combate a r. decisão com matéria preliminar e meritória.

Preliminarmente, pretexta nulidade do decisório por ausência de fundamentação.

No mérito pretende, essencialmente, a realização de novo estudo com profissional capacitado, em razão da existência de falhas insanáveis do laudo apresentado.

Subsidiariamente, pleiteia seja considerado o conjunto fático-probatório dos autos, que demonstram a insanidade mental da acusada à época dos fatos.

Anotam-se contrarrazões ministeriais - *f. 171/176* - que defendem a mantença do decisório.

Autos distribuídos (*f. 180*), foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, conclui, em parecer respeitável, pelo improvimento do inconformismo recursal (*f. 189/196*), chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos **28.jun.2024** - *f. 197*.

É o relatório.

Por primeiro, vale destacar que o curso do processo principal está suspenso, conforme despacho exarado à *f. 626* daqueles autos, não havendo necessidade de se decidir, aqui, possível atribuição de efeito suspensivo recursal.

Aos fatos.

A acusada ***A.*** foi denunciada por tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico (*artigos 33, "caput", e 35, ambos da Lei 11.343/06*).

Instaurado o incidente de insanidade mental aos 13 de maio de 2020 (*f. 2/3*).

Em 29 de março de 2021 foi elaborado laudo pericial concluindo que, apesar da ré apresentar transtornos mentais, era totalmente capaz de entendimento e determinação (*f. 23/25*).

Diante do pedido de esclarecimentos pela defesa (*f. 36/38*), foi determinada a realização de novo exame pericial (*f. 56*).

Aos 2 de julho de 2023, foi elaborado laudo pericial pelo 'IMESC', concluindo que ***A.*** apresenta: ***(i)*** quadro psiquiátrico compatível com Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de cocaína - síndrome de dependência (CID 10 - F14.2); ***(ii)*** capacidade de entendimento preservada; ***(iii)*** capacidade de determinação preservada; e, por fim, ***(iv)*** que é imputável, sob a ótica médico-legal.

A defesa impugnou o exame técnico (*f. 105/107*), contudo, a origem con-

Acesso ao Sumário

cluiu pela sua homologação (*f. 119*).

Inconformada, apela ***A.*** a este E. Tribunal, alegando, preliminarmente, nulidade do decisório por ausência de fundamentação.

Sem qualquer razão, contudo.

O decisório que rejeitou a impugnação, homologando o laudo pericial apreciou absolutamente todo o tema colocado em discussão.

Direta ou indiretamente, seja lá como se queira, verdade única é que os pontos combatidos foram bem e devidamente avaliados.

Não se entrevê onde, como ou o porquê da acenada nulidade por ofensa à legislação de regência ou, muito menos, a tema constitucional.

Se a apelante entende que sob fundamentos diversos deveriam ser examinadas outras ponderações, isso não se entretém em temática de nulidade eventual.

Já se disse.

Basta o exame das situações, como foram feitas.

O que se combate, isto sim, é o resultado.

Querer-se-ia, com certeza, solução diferente - **perícia concluindo pela inimputabilidade da acusada** - e não a que foi dada.

Inconformismo de resultado não significa ausência de fundamento.

Assente-se bem: a parte não gostou foi do resultado do laudo pericial e dos fundamentos usados.

Dizer-se, daí, que eles são falhos, é coisa inaceitável.

> *"O Juiz, em suma, não está obrigado a responder a todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão (Lopes da Costa, in RF, 126/127), pois não há nem pode haver modelo para a fundamentação da sentença".*
>
> *"Basta que diga o suficiente para eliminar da decisão as marcas e aparências do arbítrio, desvelando ao mesmo tempo, ponto de referência para o recurso que as partes queiram manifestar (Orozimbo Nonato, in RF, 133/417)".*

Digno de ser trazido a colação antigo ensinamento do ***Desembargador Benini Cabral***, nos Embargos de Declaração nº 131.289-1:

> *"Os julgados devem dar os fundamentos que levaram o julgador a se convencer em favor de uma das partes. Não podem os fundamentos ser ao gosto do vencido, que o faça resignar-se, pois a parte tachada de renitente, pode continuar a sê-lo, e sempre, infindavelmente, sobrariam questões e perguntas sobre o direito, que é campo vasto. Ora, já pontuou o Excelso Pretório que não pode a parte fazer questionários ou lavrar perguntas, à guisa de satisfazer-se, ou construir, paralelamente, caminho para recurso*

Acesso ao Sumário

eventual e futuro, que poderia remanescer".

O E. Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

> *"O órgão judicial para expressar a sua convicção não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Embora sucinta ou deficiente, a motivação, pronunciando-se sobre as questões de fato e de direito para fundamentar o resultado, exprimindo o sentido geral do julgamento, não se emoldura negativa de vigência aos artigos 458, II, e 535, II, CPC, nem se entremostra confronto com o art. 282, do mesmo Código." (REsp. nº 40.897-0-SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, in DJU de 19.6.95, pág. 18.640).*

Em suma, nenhum esforço lógico é preciso para concluir nesses termos relações tais que o menor esteja contido no maior e o médio na totalidade do maior, até encontrar os extremos do silogismo completo e o formalismo lógico que a lei repete.

Rejeitando-se, então, a tese defensória, seja por fundamentos estes, seja por fundamentos aqueles, está-se apreciando, com todas as letras, a colocação defensória.

Afasta-se, pois e **evidentemente**, a preliminar.

Ao fundo.

Decisão acertada da origem.

Afinal, como bem se observa à *f. 93/95*, **todos** os quesitos, sem exceção, foram respondidos pelo perito, de modo a não deixar dúvidas acerca da ***imputabilidade*** da acusada.

Daí a achar que o quadro de dependência toxicológica - *cocaína e medicamentos psicotrópicos* -, à época dos fatos, suprimiu a capacidade de autodeterminação e entendimento da ré, vai distância imensa.

Ora.

Sabe-se que a condição de dependente químico **não afasta**, em absoluto, a possibilidade da prática do comércio ilícito de entorpecentes, hipótese comum em que o agente assume a condição de usuário e de traficante.

A questão da aferição da imputabilidade de ***A.*** ficou bem delineada no laudo pericial.

Nesse sentido:

"...pela observação durante o exame, confrontado com o histórico, antecedentes, exame físico e psíquico e o colhido das peças dos autos, conclui-se que o periciado não apresentava ao tempo da ação quaisquer sinais ou sintomas compatíveis com os critérios diagnósticos elencados na CID, DSM, OMS, OPAS e CIF para desenvolvimento mental retardado incapacitante ou incompleto, doença mental, transtorno psíquico ou emocional, nem de qualquer outro distúrbio suficiente para alterar a capacidade de julgamento, nem há referên-

cias pregressas, demonstrando prejuízo da integridade das capacidades de discernimento, entendimento e determinação." (g.n.) (*f. 92*).

Também não se depreende qualquer contradição na conclusão do laudo pericial.

Afinal, restou devidamente consignado pelo perito que:

*"7. **CONCLUSÃO:***

Diante do exposto conclui-se que:

• Apresenta quadro psiquiátrico compatível com Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de cocaína- síndrome de dependência (CID 10 - F14.2).

• Capacidade de entendimento preservada.

• Capacidade de determinação preservada.

• Imputável, sob a ótica médico-legal.

• Capacidade de entendimento preservada, na atualidade." (f. 93).

Logo, absolutamente clara a conclusão do estudo técnico.

Basta lê-lo - *leigo qualquer até* - para entendê-lo.

Enfim.

Vale destacar, ainda, a qualificação técnica e científica do perito subscritor do laudo, que é credenciado do 'IMESC', com título de especialista em Psiquiatria.

Assim, não há campo para questionamento acerca do emprego de seus conhecimentos técnicos na elaboração do laudo, como sugere a defesa, ao pleitear a realização de nova perícia com outro profissional.

Pois bem.

O MM. Juiz da origem, dentro do permitido **exame livre da prova**, adotou a conclusão que lhe parecia mais consentânea à realidade - *homologação do laudo pericial*.

Afinal, sabe-se ser da letra da lei a liberdade do juiz, com base em seu livre convencimento, de aceitar ou não laudo técnico qualquer (*Art. 182, CPP - "O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte."*).

O juízo não está obrigado a responder todas as indagações das partes para formar sua convicção.

Houvesse necessidade e conveniência para a realização de nova perícia ou de sua complementação, sua e apenas sua (**do juízo**), esta disponibilidade.

Se se entendeu que o estudo técnico apresentado é adequado e suficiente, assim tem que ser sacramentado.

Em suma.

O juízo, ao concluir que o laudo pericial é satisfatório, agiu adequadamente ao homologá-lo.

Afinal, importante frisar que **o Juiz é o destinatário final das provas**,

Acesso ao Sumário

para a compreensão dos fatos e formação da sua convicção.

A decisão que rejeitou a impugnação, homologando o laudo pericial o fez bem fundamentadamente, devendo ser mantida, pois.

De outro turno, absolutamente inviável reconhecer-se a insanidade mental da acusada à época dos fatos, por aqui e nesta altura.

Nesse sentido, bem ficou consignado na r. decisão que *"A prova será valorada pelo juízo em sentença, em consonância com as demais produzidas durante a instrução, inclusive as críticas feitas pelo assistente técnico."* (*f. 119*).

A eventual inimputabilidade da acusada deve ser avaliada **na origem**, pois, *"ao sentenciar o feito o Magistrado vai analisar os fundamentos da acusação e defesa e decidir pela condenação ou absolvição, bem como, no caso de condenação, pela imposição ou não de medida de segurança."* (f. 175), sob pena de **supressão de instância.**

Tudo com possibilidade reavaliatória nesta Instância, em sede recursal.

POSTO, rejeitada a preliminar, **nega-se provimento** ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1537074-29.2021.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante M. P. DO E. DE S. P., é apelada E. C. A..

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.919)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVANA DAVID (Presidente), FERNANDO SIMÃO e FREITAS FILHO.

São Paulo, 7 de agosto de 2024.

IVANA DAVID, Relatora

Acesso ao Sumário

EMENTA: ESTELIONATO SIMPLES (ARTIGO 171, CAPUT, C.C. O 29, CAPUT, 61, II, "J", TODOS DO CÓDIGO PENAL) - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 386, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - APELO MINISTERIAL BUSCANDO A CONDENAÇÃO NOS EXATOS TERMOS DA EXORDIAL.
DESCABIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO - ACERVO PROBATÓRIO COLHIDO QUE NÃO DEMONSTRA, DE MANEIRA ESCORREITA, A NARRATI-

VA ACUSATÓRIA - AUSÊNCIA DA CERTEZA INDISPENSÁVEL QUE JUSTIFICA A ABSOLVIÇÃO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO - SENTENÇA INTEGRALMENTE MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Ao relatório da r. sentença de fls. 129/131, prolatada pela MMª Juíza de Direito Dra. **Fabíola Oliveira Silva**, ora adotado, acrescento que **E. C. A.** foi absolvida, nos termos do artigo 386, II, do Código de Processo Penal, da acusação de estar incursa no artigo 171, *caput*, c.c. o 29, caput, 61, II, "j", todos do Código Penal.

Anote-se, ainda, que designada audiência para fins de Acordo de Não Persecução Penal, a acusada não compareceu ao ato (fls. 78/79).

Inconformado, apelou o Ministério Público buscando a condenação nos exatos termos da denúncia (fls. 137/142).

Bem processado o recurso, com oferta das contrarrazões de fls. 147/154, subiram os autos e a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento (fls. 167/170), vindo conclusos a esta relatoria em 21 de março de 2024.

É o relatório.

A acusação foi a de que, no dia 15 de agosto de 2021, por volta das 21h54min, em período de calamidade pública, na rua ... nº ..., São Mateus, na cidade e comarca de São Paulo, **E. C. A.** concorreu de qualquer forma para que ela e terceira pessoa obtivesse vantagem ilícita, no valor de R$ 1.104,94, induzindo e mantendo em erro a vítima *L. A. I. A. de M.*.

Segundo o apurado, L. efetuou compra pela internet e pagou, via PIX, a quantia de R$ 1.104,94, em benefício da acusada. Posteriormente, a ofendida constatou que havia caído em um "golpe", e o site utilizado para a compra da mercadoria não estava mais no ar (**conf. denúncia - 02/03**).

Para fins de materialidade foram colacionados portaria inaugural (fl. 05), boletim de ocorrência (fls. 06/07), comprovante de pix (fl. 08) e documentos de movimentação bancária (fls. 47/56), além do inteiro teor da prova oral colhida (fls. 09, 35 - delegacia; e arquivo digital - juízo).

Representação à fl. 09.

Vejamos a autoria.

E. C. A., ao ser ouvida na Delegacia de Polícia, disse que *"foi contatada por pessoa que não se recorda, via mídia social (WhatsApp), a qual informou que fez um pix errado na conta da declarante, cujo valor não se recorda e solicitou à declarante que estornasse o valor depositado; que tal pessoa disse tão somente que havia realizado o pix em conta errada, não informando naquele momento sobre qualquer tipo de transação feita com a declarante; que a conta da*

Acesso ao Sumário

declarante, no banco Itaú, agência de Mogi Guaçu já não vinha sendo utilizada pela declarante, a qual informa que a conta seria para uso da mesma quando trabalhava em um comércio de Mogi Guaçu, porém, já teria sido desvinculada da empresa e recebido sua rescisão, razão pela qual não mais movimentava a conta; que disse ainda à pessoa que lhe contatou que havia perdido o cartão de sua conta e que por isso não teria como fazer o estorno do depósito; que a declarante informa nesse momento a interlocutora teria lhe informado que iria fazer um boletim de ocorrência contra sua pessoa e não mais entrou em contato com a declarante; que em nenhum momento a interlocutora lhe disse que havia feito o depósito via pix em razão de uma compra pela internet; que ressalta novamente que não tem acesso à conta e não sabe dizer se houve depósito ou retirada na mesma, sendo que neste meio tempo dirigiu-se ao banco Itaú local, onde foi informada que a conta está encerrada." (fl. 35).

Em juízo negou o ilícito. Contou que uma moça entrou em contato, dizendo que tinha feito um pix errado em sua corrente, indicando, na sequência, qual seria a conta. Disse a ela que não tinha mais acesso a tal conta, pois havia perdido o cartão e que, assim, não tinha como devolver o dinheiro. A mulher disse que iria processá-la e não tiveram mais contato (arquivo digital).

De seu lado, a vítima **L. A. I. A. de M.**, ao registrar a ocorrência, relatou que *"após uma longa pesquisa em procura de um refrigerador, encontrei o site lumierdecor.com.br, fiz uma busca por informações sobre o referido site... não encontrei nada que desabonasse a compra, sendo assim realizei a compra do refrigerador Electrolux frost free duplex 310l tf39 110-220v, no dia 15/08/2021, através do site lumierdecor.com.br, valor pago R$ 1.104,94 realizado por pix para Sr.ª E. C. A. C.P.F:***.231.988-** Banco Itaú S.A - agência 0025 - conta corrente: 284043. Após confirmação de pagamento o referido site informou que o produto havia sido entregue a transportadora e a estimativa para entrega seria entre 31/08/2021 a 07/09/2021. No dia 29/08/2021 entrei no site para acompanhar a entrega, e para minha triste surpresa o site estava fora do ar. Eu então me acalmei por acreditar que seria algum problema provisório. Novamente fiz consultas sobre o site, e dessa vez encontrei várias reclamações que antes não existia sobre o site que aparentemente caímos em uma fraude, existe até a data de hoje aproximadamente umas vinte e duas reclamações sobre compra de produtos diversificados neste site, a maioria com pagamentos realizados por pix."* (fls. 06/07).

Em juízo, relatou que estava procurando um presente quando se deparou com o site com várias ofertas e havia uma geladeira. Compararam a geladeira, não sem antes solicitar à filha que checasse se o site era verdadeiro. Como não tinha reclamação, fez a compra. Havia um número de pix e fez o deposito, salvo engano R$ 1.400,00, surgindo um nome. Usou um código de rastreamento para o produto. O produto estava numa distribuidora de Campinas, porém não foi en-

Acesso ao Sumário

tregue. Alguns dias depois, o site desapareceu, assim como o código do rastreamento. Posteriormente constatou várias reclamações. O valor não foi restituído. Recebeu e-mails referentes à compra (arquivo digital).

Tragam-se, ainda, o comprovante de transferência PIX da vítima em favor da acusada (fl. 08) e do extrato da movimentação bancária da acusada, a demonstrar intensa movimentação entre os dias 02.08 e 23.08.2021, dali inferindo-se diversos recebimentos via Pix, a incluir o efetuado pela vítima destes autos, e débitos de pix e saques com cartões magnéticos (fls. 47/56).

E com base neste conjunto probatório, a MM. Juíza *a quo* entendeu por absolver a acusada ao fundamento de que *"apesar de demonstrado o depósito realizado na conta da acusada (fl. 08), e de apresentar movimentação bancária bastante suspeita à medida em que foram realizadas diversas transferências no mesmo dia para pessoa que atende por H., assim como em dias diversos, não foram produzidas provas mínimas a demonstrarem a contido na denúncia. Isto porque, apesar da transação haver sido feita pela internet, como sustentou a vítima, não foram apresentados quaisquer documentos acerca do alegado, tampouco que demonstrassem a relação entre a ré e referido site, posto que nem mesmo o anúncio da geladeira ou qualquer outro documento foi apresentado. Considerada a modalidade de realização do negócio, as provas não podem ser substituídas apenas pelo depoimento da vítima, posto que possível a apresentação de outros elementos, que não foram trazidos."* (fls. 130/131).

E com razão, uma vez que se tratando de estelionato praticado por meio digital, conforme narrado pela vítima, é de se verificar que inúmeros os vestígios deixados pela transação, como, por exemplo, e-mail recebido pelo adquirente com a confirmação de compra, pagamento e código de rastreamento, conforme alegado, não se olvidando, ainda, que ausente investigação acerca dos destinatários das transferências pix e saques oriundos da conta da acusada.

Não há, ainda, a demonstração de pesquisa on-line apontada pela vítima, a demonstrar as reclamações contra a empresa onde teria adquirido o refrigerador.

E, por final, não há nada a vincular a requerida ao site ou empresa onde teria sido adquirido o bem, o que, corroborado com o boletim de ocorrência de fls. 10/11, a indicar o extravio do cartão bancário de propriedade da acusada, gera dúvidas insanáveis acerca da acusação.

Por isso que o pleito de condenação é descabido, forçoso aplicar-se o *princípio in dubio pro reo*, conforme entendimento adotado pelo excelso Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus n 77.987/MG, em voto proferido pelo eminente Ministro *Marco Aurélio*:

> *(...) Realmente não pode subsistir decisão alicerçada em simples indícios. Incumbe ao Estado-Acusador o ônus da prova de culpa do acusado, devendo o órgão investido do ofício judicante resistir à tendência de, em*

Acesso ao Sumário

época de delinquência exacerbada, caminhar para a persecução criminal a ferro e fogo, com desprezo a normas comezinhas, entre as quais surge, com relevância maior, a alusiva ao princípio da não culpabilidade.

Reporto-me, também, aos ensinamentos de *Guilherme de Souza Nucci*:

*(...) em caso de conflito entre a inocência do réu - e o poder-dever do Estado de punir, **havendo dúvida razoável**, deve o juiz decidir em favor do acusado. Aliás, pode-se dizer que, se todos os seres humanos nascem em estado de inocência, a exceção a essa regra é a culpa, razão pela qual o ônus da prova é do Estado-acusação. Por isso, quando houver dúvida no espírito do julgador, é imperativo prevalecer o interesse do indivíduo, em detrimento da sociedade ou do Estado. (Código de Processo Penal Comentado. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012, p. 44).*

Portanto, a condenação exige certeza, quer do crime, quer da autoria, a qual, no caso, não ficou devidamente comprovada, razão pela qual a absolvição era mesmo a medida que se impunha na espécie.

Reitere-se, como já se decidiu, que *"a prova judiciária, para dar margem a um juízo seguro de reprovação da conduta endereçada a qualquer acusado, com todas as suas conotações possíveis, há de ser conclusiva, mesmo certeira, não bastando um forte grau de probabilismo sobre ter determinada pessoa cometido o crime desta ou daquela maneira. Qualquer outro juízo tirado diferentemente dessa preconizada orientação atine ao campo da probabilidade, exteriorizando incerteza ou dúvida. E, na dúvida, a melhor solução ainda é julgar-se sempre a favor do réu, pena de cometerem-se as mais esdrúxulas e deslavadas injustiças."* (Apelação Criminal nº 1513171-47.2020.8.26.0228, rel. Costabile E Solimene, j. em 20.07.2023).

O princípio *in dubio pro reo* deve ser aplicado e o caso em julgamento bem espelha a incidência inevitável dessa regra. Parafraseando o grande *Marquês de Beccaria*, é melhor absolver um possível culpado do que condenar um inocente.

Diante do exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL**, ficando mantida a r. sentença absolutória em todos os seus termos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Criminal nº 1501154-88.2022.8.26.0072, da Comarca de Bebedouro, em que é apelante DIEISON EVANGELISTA DE CASTRO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento ao recurso, nos termos que constarão do v. acórdão. V.U. Sustentou oralmente o Ilmo. Defensor, Dr. Diego Angelo de Souza e usou a palavra o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Márcio Sérgio Christino.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.075)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 30 de julho de 2024.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS - Alegação de nulidade da abordagem feita pela Guarda Municipal, conhecida por "plantar" drogas - Inocorrência - Abordagem apoiada em fundadas suspeitas - Prisão em flagrante delito que pode ser feita por qualquer do povo - Nulidade - Inocorrência - Autoria e materialidade delitivas nitidamente delineadas nos autos - Firmes e seguras palavras dos policiais não afastadas pela pueril e escoteira negativa do réu, reincidente específico - Absolvição - Impossibilidade - Reconhecimento da figura privilegiada - Descabimento - Óbice expresso diante da reincidência, específica inclusive, que impede, ainda, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos - Rejeição da preliminar e desprovimento do recurso.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **DIEISON EVANGELISTA DE CASTRO** contra a r. sentença de fls. 146/149 que o condenou por incursão ao art. 33, *caput*, c.c. art. 40, VI, ambos da Lei 11.343/06, a **05 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, mais 583 dias-multa.**

Consta da denúncia, resumidamente, que no dia 05 de julho de 2022, por volta das 12h30, agindo em concurso e unidade de desígnios com o adolescente E. M. dos S., o réu ocultava e tinha em depósito, para fins de comercialização, 16 porções de maconha, com peso líquido de 32,69g, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. Conforme apurado, na companhia do adolescente E., o réu praticava o comércio de drogas no local e, para tanto, mantinha drogas no interior de uma sacola plástica, escondida nas proximidades. Ocorre que guardas municipais receberam denúncia anônima indicando que dois indivíduos estariam praticando o comércio de drogas no local,

Acesso ao Sumário

tendo se dirigido ao local, conhecido ponto de tráfico, onde avistaram a dupla com as mesmas características transmitidas, paradas na via pública e, ao aborda -los, apreenderam um celular e a quantia de R$ 40,00 e, perto deles, a cerca de 2 metros, a sacola contendo as drogas, individualmente acondicionadas e prontas para o imediato fornecimento a terceiros (fls. 53/55).

Inconformado, o réu busca a absolvição por insuficiência de provas reclamando invalidade da abordagem realizada pela guarda metropolitana local que, inclusive, *"**é famosa por plantar drogas**, para enquadrar pessoas em flagrância" (sic) (destaque original)*, o que se deu sem mandado judicial e com base em denúncia anônima, não comprovada. Reclama, ainda, descompasso entre a condenação e a opinião do Delegado de Polícia, que liberou o réu por entender insuficientes as provas da traficância. Alternativamente, espera a aplicação da figura privilegiada e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 156/166).

Ofertadas as contrarrazões (fls. 171/173), a Douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 185/198).

É o relatório.

Decido.

Embora não trazida tecnicamente como preliminar, as alegações de nulidade pela ilicitude da abordagem realizada pela guarda municipal que a combativa defesa afirma ser conhecida por "plantar drogas", bem como pela não demonstração da existência, efetiva, de uma denúncia anônima, devem ser tratadas antes do mérito para, entretanto, serem afastadas.

Lembre-se que tais argumentações foram rechaçadas no juízo monocrático que explicou: *"a busca pessoal teria se dado mediante observância das normais legais vigentes, uma vez que os guardas municipais teriam recebido denúncia anônima informando a ocorrência de tráfico de drogas naquele exato local, informando com precisão as características físicas e de vestimentas coincidentes com as do acusado e do adolescente que com ele se encontrava na via pública, o que caracterizou a fundada suspeita apta a justificar as buscas pessoais realizadas" (sic)* (fls. 108).

Acesso ao Sumário

De todo modo, o Estatuto das Guardas Municipais (Lei 13.022/14) conferiu poder de polícia à referida classe, elencando, dentre as suas competências específicas, a de *"colaborar, de forma integrada com os órgãos de segurança pública, em ações que contribuam com paz social", além de "prevenir e inibir, pela presença e vigilância, bem como coibir, infrações penais ou administrativas e atos infracionais que atentem contra os bens, serviços e instalações municipais"* (art. 5º, II); *"atuar, preventiva e permanentemente, no território do Município, para a proteção sistêmica da população que utiliza os bens, serviços e instalações municipais"* (art. 5º, III); e *"encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração, preservando o local do crime,*

quando possível e sempre que necessário" (art. 5º, XIV).

Não se olvida que a função precípua de tal instituição, nos termos do art. 144, § 8º, da Constituição Federal, é a proteção do patrimônio municipal, mas não se pode desprezar o princípio da autodefesa da sociedade como legitimador da ação da guarda municipal em situações da espécie em que o réu foi visto em local conhecido como ponto de venda de entorpecentes em atitude suspeita, lembrando que o art. 301 do Código de Processo Penal dispõe que *"qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito"*.

Não há, ainda, usurpação de função pela prática de patrulhamento ostensivo, que seria reservado à Polícia Militar, já que no art. 3º, II, da Lei citada, está inserido entre os *"princípios mínimos de atuação das guardas municipais: (...) III – patrulhamento preventivo"*.

Os guardas municipais, diante de fundadas suspeitas sobre a ocorrência de crime permanente, agiram corretamente ao efetuarem a abordagem e revista inicial, o fazendo em defesa da sociedade na tentativa de fazer cessar atividades ilícitas.

Ora, se a lei autoriza a prisão em flagrante, evidentemente que faculta - também - a apreensão de coisas, objeto do crime.

A jurisprudência é farta ao indicar a validade da ação dos guardas civis metropolitanos em circunstâncias semelhantes:

> *"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE EFETUADO POR GUARDA MUNICIPAL. VALIDADE. (...) Conforme já decidiu esta Corte Superior, é possível que, diante de* notitia criminis*, envolvendo qualquer dos bens jurídicos mencionados, o agente municipal proceda à atividade de vigilância no local indicado para se certificar de sua veracidade, hipóteses nas quais, de nenhum modo, estaria desautorizado a agir. A situação de flagrância delitiva legitima a atuação de 'qualquer pessoa do povo' a proceder à prisão, oportunidade em que é perfeitamente possível a realização da abordagem do suspeito, não sendo diferente em relação àqueles agentes que, ao realizarem seu mister de zelar pelo patrimônio público, muitas vezes se deparam com infrações penais, sendo-lhes lícito atuar em tais ocasiões. (HC 583.610/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6.ª T., j. 04/08/2020, DJe 14/08/2020).*
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL NO* HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. NULIDADE. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DA PROVA. PRISÃO REALIZADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. OCORRÊNCIA. FUNDADA SUSPEITA. USO DE DROGA NO MOMENTO DA ABORDAGEM. BUSCA NA RESIDÊNCIA DO ACUSADO FRANQUEADA. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO.*

Acesso ao Sumário

REITERAÇÃO DE OUTRO HC. *INADMISSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Considera-se lícita a revista pessoal executada por guardas municipais, com a existência da necessária justa causa para a efetivação da medida invasiva, nos termos do art. § 2º do art. 240 do CPP, bem como a prova derivada da busca pessoal. 2. Configurada a situação de flagrância, com a demonstração de fundada suspeita, não se verifica ilegalidade na realização de abordagem pessoal por guardas municipais que estavam em patrulhamento com cães farejadores, encontrando drogas com o paciente e nas proximidades do local do flagrante, pois o acusado informou que estava usando drogas no momento em que foi abordado. 3. A questão referente à aplicação da minorante, a matéria já foi analisada no HC 563.700/SP, tratando-se de mera reiteração de pedido. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 597.923/SP - Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça - Relator Ministro Nefi Cordeiro - J. em 20.10.2020 - DJe 26.10.2020).*

*"Ademais, em que pese controvertida a extensão da das atribuições das guardas civis metropolitanas, havendo, inclusive, recurso extraordinário sobre o tema, cuja repercussão geral foi reconhecida (RE 608.588/SP, Rel. Min. Luiz Fux), extrai-se do art. 301 do CPP que qualquer do povo poderá prender quem quer se encontre nas hipóteses de flagrância do art. 302, e que as autoridades policiais tem o dever de realizar o flagrante. Assim, embora a guarda municipal não se enquadre no conceito de 'autoridade policial', inequivocamente tem aptidão para realizar o flagrante facultativo" (*Habeas Corpus *Criminal nº 2039080-05.2021.8.26.0000 - 7ª Câmara de Direito Criminal - Relator Des. Reinaldo Cintra – J. 25.3.2021).*

"1. A prisão em flagrante efetuada pela Guarda Municipal, ainda que não esteja inserida no rol das suas atribuições constitucionais (art. 144, 8º, da CF), constitui ato legal, em proteção à segurança social. 2. Se a qualquer do povo é permitido prender quem quer que esteja em flagrante delito, não há falar em proibição ao guarda municipal de proceder à prisão. 3. Eventual irregularidade praticada na fase préprocessual não tem o condão de inquinar de nulidade a ação penal, se observadas as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, restando, portanto, legítima a sentença condenatória. (...)" (STJ, 5ª Turma, HC 129932/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15/12/2009, DJe 01/02/2010).

"Assente nesta eg. Corte Superior que, 'Embora a Guarda Municipal não possua a atribuição de polícia ostensiva, mas apenas aquelas previstas no art. 144, § 8º da Constituição da República, sendo o delito de natureza permanente, pode ela efetuar a prisão em flagrante e a apreen-

Acesso ao Sumário

são de objetos do crime que se encontrem na posse do agente infrator, nos termos do art. 301 do CPP' (HC n. 109.592/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 29/3/2010)" (HC 677203/SP, Rel. Min. JESUÍNO RISSATO, j. em 28/09/2021). "É assente nesta Corte Superior de Justiça a orientação de que os integrantes da guarda municipal não desempenham a função de policiamento ostensivo; todavia, em situações de flagrante delito, como restou evidenciado ser o caso, a atuação dos agentes municipais está respaldada no comando legal do art. 301 do Código de Processo Penal" (HC 471.229-SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 19/02/2019).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. *PENAL.* HABEAS CORPUS *COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE NA PRISÃO EM FLAGRANTE LEVADA A EFEITO PELA GUARDA MUNICIPAL. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COMO AGRAVANTE NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA E NA TERCEIRA FASE PARA AFASTAR O TRÁFICO PRIVILEGIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (HC 224089 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 01-03-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe- s/n DIVULG 01-03-2023 PUBLIC 02-03-2023).*

E mais especificamente:

"PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDA MUNICIPAL. NULIDADE DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO. NÃO OCORRÊNCIA. BUSCA PESSOAL E DOMICILIAR. PROVA ILÍCITA. INEXISTÊNCIA. CRIME PERMANENTE. PARECER ACOLHIDO. (...) Na hipótese dos autos, não há falar em nulidade da sentença e do acórdão sob a alegação de irregularidade na prisão em flagrante, visto que os ***integrantes da Guarda Municipal flagraram o paciente, em via pública, na posse de entorpecentes destinados à mercancia, estando suas condutas amparadas pelo art. 301 do Código de Processo Penal****, segundo o qual qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. 3. Apesar das atribuições previstas no art. 144, § 8º, da Constituição Federal, se qualquer pessoa do povo pode prender quem quer que esteja em situação de flagrância, não se pode proibir o guarda municipal de efetuar tal prisão. 4. Em razão do caráter permanente do tráfico de drogas, cuja consumação se prolonga no tempo, a revista pessoal ou domiciliar que ocasionou a prisão em flagrante, não representa prova ilícita" (STJ, Sexta Turma, HC 286.546/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 22.09.2015, DJe de 15.10.2015).*

Não bastasse essa orientação já cristalizada na jurisprudência, há que se ter em consideração que, hodiernamente, o guarda municipal conquanto sua função não seja precipuamente essa, está autorizado, por norma legal expressa, a encaminhar à presença da autoridade policial indivíduos presos em flagrante

Acesso ao Sumário

delito, consoante a regra inscrita no artigo 5º, inciso XIV, da Lei nº 13.022, de 8 de agosto de 2014 (Estatuto Geral das Guardas Municipais).

Ademais, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 995, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que as guardas municipais integram o Sistema de Segurança Pública, estando naturalmente incluída, entre as suas funções, a de patrulhamento, nos seguintes termos:

> *"DIREITO CONSTITUCIONAL E SEGURANÇA PÚBLICA. ART. 144, §8º, DA CONSTITUIÇÃO. RECONHECIMENTO DAS GUARDAS MUNICIPAIS COMO ÓRGÃO DE SEGURANÇA PÚBLICA. LEGÍTIMA OPÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL AO INSTITUIR O SISTEMA ÚNICO DE SEGURANÇA PÚBLICA (LEI N° 13.675/18). PRECEDENTES. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO"*.

De se notar, por fim, que decisão proferida na E. 6ª Turma do STJ apontando ilegalidade da busca pessoal realizada pela Guarda Municipal em situação de fundada suspeita relacionada ao tráfico de drogas (HC 799290), foi reformada pelo Min. André Mendonça, de forma monocrática, quando afirmou que tal decisão dissentiu do posicionamento do Supremo Tribunal Federal na APDF 955 como, aliás, já haviam feito o Min. Flavio Dino em 24/04/2024 na reclamação 62455; o Min. Gilmar Mendes em 04/03/2023 no *habeas corpus* nº 235518 e a Min. Cármen Lúcia em 21/05/2024 no *habeas corpus* nº 241359.

Repilo, assim, a questão preliminar.

No mérito, melhor sorte não acompanha o réu.

Boletim de ocorrência (fls. 03/04), auto de exibição e apreensão (fls. 13/14), auto de entrega (fls. 41), comprovante de depósito (fls. 45), laudo de exame químico toxicológico (fls. 25/27), bem como laudos periciais (fls. 31/37 e 38/40), atestam a materialidade delitiva que, inclusive, sequer integra a insurgência defensiva.

Os guardas civis L. L. e R. T. relataram, na fase administrativa, que a partir de informações anônimas dando conta de que havia dois indivíduos comercializando drogas em local conhecido como ponto de tráfico de drogas. As informações davam conta de que seriam dois indivíduos de cor parda, ambos magros, sendo um deles aparentemente menor, o qual estaria com roupa toda estampada, e o indivíduo que aparentava ser maior estaria com bermuda jeans e camiseta roxa. Em patrulhamento pelo local apontado, avistaram dois indivíduos parados na via pública com as mesmas características e vestimentas apontadas na denúncia e os abordaram, sendo que com eles nada de ilícito foi encontrado, estando na posse de seus respectivos telefones celulares e com o indivíduo maior foi ainda encontrada a importância de R$ 40,00 em dinheiro. Em seguida foram feitas vistorias pelo local em que estavam e cerca de dois metros de distância de onde estavam, foi encontrada uma embalagem plástica contendo 16 porções de

Acesso ao Sumário

erva esverdeada semelhante a maconha, todas envoltas em plástico transparente e embaladas individualmente, a qual estava no chão encostada em uma árvore, e ali também foi encontrada a importância de R$ 3,00 em dinheiro. Indagaram os dois indivíduos, que negaram a posse da droga, dizendo que nada sabiam sobre as porções que ali estavam. Quanto ao dinheiro, o investigado alegou que havia ido ao Residencial Bebedouro pegar dinheiro com sua irmã que mora naquele bairro, para comprar remédio para sua genitora. No local não avistaram possíveis compradores ou usuários de drogas, não tendo visto nenhum deles entregar nenhum objeto a outra pessoa, restando apenas as informações apontadas pelo denunciante anônimo (fls. 09 e 10).

Em juízo o primeiro confirmou que durante patrulhamento foi parado por um senhor que informou tráfico sendo realizado nas redondezas, passando as vestimentas e características dos indivíduos que abordaram e perto de quem encontrou os entorpecentes, prontos para venda. Afirmou que o réu já havia fugido com drogas, embora nunca tivesse visto o menor. Perto de onde encontraram os entorpecentes estavam apenas os dois que negaram a propriedade. O local é conhecido ponto de tráfico e, inclusive, já efetuou outras prisões ali. À Defesa negou ter identificado usuários ou visto mercancia, confirmando que a abordagem se deu por conta da denúncia repetindo, por fim, que as drogas estavam a cerca de 2 metros deles.

R. repetiu que a partir de informação de um senhor, que não quis se identificar e descreveu dois indivíduos que estariam traficando nas proximidades, foram ao local em que efetuaram a abordagem pessoal, sem encontrar nada ilícito, mas perto deles, cerca de 2m, havia um saquinho plástico com 16 porções de maconha. À Defesa disse não saber se o réu e o adolescente se conheciam, mas que estavam juntos no local. Conhecia DIEISON dos meios policiais, pois já havia fugido em outras oportunidades. Confirmou, ainda, não ter identificado nenhum usuário ou atos de mercancia.

As palavras dos guardas civis metropolitanos, embora ambos tenham afirmado que já conheciam o réu dos meios policiais e, inclusive, que já havia fugido de abordagens anteriores no mesmo local, conhecido ponto de tráfico, não podem ser desprezadas, até porque o próprio réu afirmou não ter problema algum anterior com eles.

Lembre-se que os dois foram uníssonos ao relatarem que um senhor descreveu as vestimentas e características físicas de uma dupla que estaria traficando no local onde, efetivamente, o réu e o adolescente foram avistados e, ao lado de quem, muito perto, foi encontrada a droga.

Acompanhado por seu advogado o réu, que já havia sido preso por tráfico de drogas em fevereiro de 2021, tendo ficado cerca de três meses e meio na cadeia, DIEISON disse que residia com sua genitora e iria começar um novo trabalho na próxima segunda, como servente de pedreiro, embora não soubesse in-

Acesso ao Sumário

dicar o endereço da obra. Negou ser usuário de drogas e alegou que naquele dia foi ao bairro Residencial Bebedouro buscar R$ 40,00 em dinheiro com sua irmã, para comprar um medicamento para sua genitora, que estava com problemas de estômago e, após pegar o dinheiro, estava caminhando em direção à farmácia, quando foi abordado por guardas municipais com um adolescente que conhece apenas de vista e com quem não estava no momento da abordagem. Afirmou que, na sequência, os guardas encontraram algumas porções de maconha que estavam no chão, sobre as quais nada sabe, negando serem de sua propriedade. Admitiu ser dele o celular apreendido, mas não permitiu, nem autorizou, seu desbloqueio ou acesso (fls. 11).

Em juízo manteve a negativa com algumas divergências. Disse que havia ido à casa da irmã pegar R$ 20,00 emprestado, pois sua mãe passava mal e, quando se dirigia à farmácia, foi "enquadrado" com esse moleque, que desconhece, e com quem não conversou. Disse que os guardas começaram a revirar um campinho e não acharam nada, mas ao seu lado, a cerca de 2 passos de onde estava, acharam um saquinho de salgadinho, com maconha dentro, ao seu lado. Negou ter fugido de abordagens, embora já tenha sido condenado por tráfico. Negou, ainda, problema anterior com os guardas que, entretanto, disse terem-no procurado em sua casa, oportunidade em que, orientado por sua mãe, ficou na casa de sua namorada por duas semanas.

O adolescente, acompanhado por seu genitor, disse que não estava frequentando escolas, pois estava na cidade, na casa de seu pai, havia cerca de dois meses. Negou ser usuário de drogas ou conhecer DIEISON, na companhia de quem foi abordado na ocasião, tratando-se de coincidência estarem no mesmo local. Afirmou que havia ido à casa de sua namorada e, quando voltava, foi abordado por guardas municipais ao lado de DIEISON, embora negando que estivessem juntos. Disse que estava na posse, somente, de seu celular, confirmando que os guardas vistoriaram o local em que estavam e onde encontraram um saquinho contendo algumas porções de maconha que não lhe pertencia, nada sabendo sobre ela (fls. 12).

Diante de tal panorama não restam dúvidas sobre a responsabilidade criminal de DIEISON.

Os guardas metropolitanos, como se disse, limitaram-se a narrar como se deu a abordagem da dupla ao lado de quem, como inclusive o réu admitiu, foram encontradas as diversas porções de drogas, individualmente embaladas e prontas para o comércio observado pelo denunciante.

O réu não comprovou, ainda, a origem do dinheiro, o que seria fácil, bastando trazer a juízo sua irmã, que segundo ele foi quem lhe forneceu os R$ 40,00 como afirmou na primeira fase, ou R$ 20,00 como dito em juízo.

Lembre-se, de outro lado, que somente um celular foi apreendido, cuja propriedade ambos admitiram.

Acesso ao Sumário

De todo modo, ainda que não tenham sido observados atos de mercancia, é cediço que para configuração do crime de tráfico eles não são necessários, eis que este delito é crime de ação múltipla, admitindo várias condutas, como: guardar, transportar e trazer consigo a substância entorpecente para fins de tráfico.

A propósito:

"[...] Ademais, é sabido que o tráfico de entorpecentes é delito de ação múltipla ou conteúdo variado cuja consumação se contenta com a aquisição, transporte, depósito, guarda ou simples porte da droga, desde que não seja para consumo pessoal. Daí não haver falar em mero auxílio ao uso de drogas, visto que a paciente foi flagrada na posse de maconha e cocaína" (STJ - 6ª T - HC 211.467/DF, Rel. Min. OG FERNANDES, j. em 16/08/2011, DJe 31/08/2011).

E a prova do tráfico deve ser extraída das diversas circunstâncias do delito, como no presente caso, no qual se concluiu, sem dúvidas, que o objetivo era a comercialização de entorpecentes.

Isso em razão das drogas apreendidas, forma de acondicionamento, firmes e coerentes depoimentos e, ainda, da existência de recente condenação pela mesma conduta.

De absolvição, portanto, não cabe sequer cogitar-se.

As penas, dosadas com critério e justificação, partindo do mínimo legal com compensação, na segunda etapa, entre a reincidência e a menoridade, sofreram acréscimo mínimo diante da participação de adolescente, não tendo o réu do que reclamar.

A reincidência, que inclusive é específica, de outro lado, é óbice expresso à aplicação da figura privilegiada prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas deixando clara, ainda, a insuficiência da substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

O regime prisional, ainda, diante da clara insuficiência da resposta anterior, mais branda, que não serviu como resposta apta à reprovação da conduta, nem como óbice à recidiva, não pode ser diverso do fechado, que fica mantido.

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 a condenação de DIEISON EVANGELISTA DE CASTRO por incursão ao art. 33, *caput*, c.c. art. 40, VI, ambos da Lei 11.343/06, a 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, mais 583 dias-multa.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Criminal nº 1500618-28.2022.8.26.0541, da Comarca de Santa Fé do Sul, em que é apelante VALDEMIR PEREIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U. Presente o Defensor Dr. Valdemar Pereira, convertendo o pedido de sustentação oral. em preferência simples.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 61.462)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente) e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 20 de agosto de 2024.

EUVALDO CHAIB, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA FAUNA SOB A MODALIDADE TENTADA – DELITO PREVISTO EM LEI AMBIENTAL – RÉU, ADVOGADO, QUE USAVA ALÇAPÃO EM COLÔNIA DA OAB PARA CAÇAR AVES SILVESTRES – CONFISSÃO – CRIME NÃO CONSUMADO POR INTERVENÇÃO DE POLICIAIS MILITARES AMBIENTAIS – DESNECESSIDADE DA CHAMA, OU SEJA, DE OUTRO PÁSSARO PARA ATRAIR O ANIMAL A SER CAPTURADO PARA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL – CHAMARIZ NA ESPÉCIE QUE ERA FEITO COM ALIMENTO PARA AVES EM ARMADILHA PARA CAPTURA DE ANIMAIS SILVESTRE – REPROVABILIDADE ACENTUADA DA CONDUTA PERPETRADA POR ADVOGADO QUE ARREDA O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – REGIME ABERTO E PENA ALTERNATIVA – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO DO RELATOR

VALDEMIR PEREIRA foi condenado pelo r. Juízo da 1ª Vara da Comarca de SANTA FÉ DO SUL, nos autos do Processo nº 1500618-28.2022.8.26.0541, *sentença da lavra do eminente Juiz de Direito Dr. José Gilberto Alves Braga Júnior*, como incurso no art. 29, *caput*, em concerto com o art. 15, inciso II, alínea "h", ambos da Lei nº 9.605/98, na forma do art. 14, inciso II, do Código

Acesso ao Sumário

Penal, à pena de 02 (dois) meses e 10 (dez) dias de detenção, em regime aberto, e pagamento de 03 (três) dias-multa, no mínimo legal, substituída a pena privativa de liberdade por prestação pecuniária, no valor de 02 (dois) salários mínimos vigente na data dos fatos, em favor de entidade assistencial cadastrada na execução da pena (fls. 2320/240)

O apelante foi processado porque no dia 15 abril de 2022, às 14h18min, na Colônia de Férias da OAB situada na Avenida Presidente Vargas, nº 100, no município de Três Fronteiras, caçou animais da fauna silvestre sem a devida permissão da autoridade competente.

Apela, pleiteando, preliminarmente, a nulidade do processo, porquanto tem direito aos favores legais da Lei nº 9.099/95 e ao acordo de não persecução penal. Ainda no campo preliminar, aduz cerceamento de defesa, por não ter sido ouvida testemunha arrolada e relevante para o fato. No mérito, sustenta anemia probatória e, alternativamente, o redimensionamento da pena (fls. 245/269).

Contrariado o recurso (fls. 282/285), o douto Procurador de Justiça Dr. Marcelo Dawalibi, opina pelo desprovimento (fls. 301/313).

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 296).

É o relatório.

Apesar do apelo de fôlego, ratifica-se a decisão hostilizada.

Inexistiu o reparo do dano ambiental. O réu não comprovou tal adimplemento. Destarte, não tem direito aos favores da Lei nº 9.099/95, porquanto se comprometeu a fazê-lo e optou pela desídia (fls. 83/84). O mesmo fundamento, noutra ponta, vale para a não celebração do Acordo de Não Persecução Penal (Lei nº 13.964/19).

No ponto, acordos de não persecução penal em crimes ambientais tem obrigatoriamente a cláusula de reparação do dano ambiental, ou seja, a necessária recomposição específica dos bens de titularidade coletiva lesionados.

Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a aplicação da Lei dos Juizados Especiais está prevista no art. 27, da Lei dos crimes ambientais (Lei nº 9.605/98). Nestes casos, os favores legais somente poderão ser formulados desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, salvo em caso de comprovada impossibilidade. O art. 28 da Lei nº 9.605/98 também prevê a suspensão do processo, de tais crimes ambientais, aos moldes do art. 89 da Lei no 9.099/95, sendo que a declaração de extinção de punibilidade dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

Acresça-se que a defesa foi intimada para se manifestar nos termos do art. 28-A, § 14º, do Código de Processo Penal, entretanto, optou pela inércia, nada requerendo (fls. 222 e 228/229).

A inércia do réu também pauta a sua assertiva de cerceamento de defesa. Com efeito, ele não arrolou a testemunha no tempo, de sorte que a pretensão foi

Acesso ao Sumário

alcançada pela preclusão. Ademais, o eventual prejuízo deve concretamente ser provado por quem o invoca. O policial Marcos Freitas participou do atendimento da ocorrência e, portanto, já constava desde a fase inquisitorial sua qualificação (fls. 08), de sorte que não foi arrolado no tempo adequado.

Dormientibus non succurrit jus!

Preliminares, assim, repelidas.

A prova é sólida no que toca à autoria e tipicidade penal.

Inicialmente, anota-se que o crime em tela tem natureza formal, de sorte que não exige o resultado naturalístico com prejuízo efetivo para animal, embora tal posse efetivamente ocorrer, conforme leciona GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, Forense, 8ª ed., p. 591).

O infrator, que é advogado, equivoca-se ao sustentar que o alçapão sozinho não era capaz de capturar ave. Com efeito, o laudo pericial de fls. 25/29 demonstrou que a armadilha estava funcionando normalmente, ou seja, reunia todas as condições de ser utilizada para a consumação do crime. No ponto, os servidores públicos foram assertivos em pontuar que o alçapão estava armado na colônia de férias da OAB, no chalé ocupado pelo réu, e com alimento específico para pássaros (fls. 12/13).

Assim, era prescindível a presença da "chama", ou seja, o uso de outro pássaro da mesma espécie, utilizado para atrair outros pássaros. No caso, o chamariz era a comida e não outro passeriforme, de sorte que o crime não está desnaturado.

Assim, inexiste ínfimo lastro da falta do elemento subjetivo, ou seja, dolo de que tentou caçar animais da fauna silvestre sem a devida permissão da autoridade competente, somente não consumando seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade, no caso, a abordagem policial, incorrendo no tipo penal descrito na Lei Ambiental.

Destaca-se na prova que os guardas ambientais ouviram o infrator confessar o crime. Era ele criador de passeriformes, com licença expirada. Pontuaram ainda que a armadilha era eficaz e, caso acionada, teria êxito na captura da ave. O mecanismo, no entanto, não tinha nenhum animal capturado, inexistindo necessidade de entrar no chalé para recolher o material. Por fim, aduziram que foram autorizados na portaria a adentrarem na Colônia da OAB e os funcionários locais foram chamar o réu e ficaram esperando a sua chegada do lado de fora do chalé.

Arreda-se a insignificância.

Inicialmente, invoca-se a lição de JÚLIO FABBRINI MIRABETE: *"impõe-se, assim, elevada dose de cautela na aplicação do princípio da insignificância para se evitar a impunidade de comportamentos que, embora provoquem danos de menor monta, sejam significativamente reprováveis ou revelem alguma periculosidade social, bem como para não se incentivar, pela antevisão*

Acesso ao Sumário

da possibilidade de afastamento da sanção penal, a habitualidade ou a proliferação de ataques aos bens tutelados pelo ordenamento jurídico" (Manual de Direito Penal, 29ª ed., Atlas, vol. I, p. 103).

O fato de um advogado ser preso no sítio dos fatos (Três Fronteiras) com petrechos para a captura de animais em colônia de férias, os quais trouxe de sua origem (Bauru), demonstra inequivocamente dedicação à prática predatória de captura de animais da fauna silvestre, conduta que não pode ser considerada como penalmente insignificante. No ponto, inexiste reduzido grau de reprovabilidade, porquanto se cuida de infrator conhecer da norma que optou deliberadamente por afrontar o meio ambiente e a norma penal incidente. Assim, há elevada ofensividade e reprovabilidade na conduta, o que inviabilizada o postulado da insignificância.

É de frisar, com tintas fortes, que os policiais militares ambientais ouvidos relataram que o suplicante admitiu que veio para o sítio dos fatos com o alçapão de madeira e arame para capturar aves nativas e mostrar para o filho de tenra idade, sendo um criador amador com licença vencida (fls. 03). Assim, face à dedicação do réu à prática predatória, tal fundamento é suficiente, por si só, para afastar a aplicação do princípio da insignificância.

Em v. aresto deste Sodalício, restou consignado: *"Afirma TERESA ARMENTA DEU que é característica do princípio da insignificância a escassa reprovabilidade. Assim, quando se vislumbra alta reprovabilidade e periculosidade não existe senso em afirmar-se a existência da bagatela, que por essência se contrapõe a tais fato... desta forma, afasta-se o princípio da insignificância, posto que a norma foi editada visando especial proteção do ecossistema como um todo. É sabido que a retirada de espécimes da fauna tem provocado a sua extinção, o que de certa forma acarreta um desequilíbrio direto ou indireto no ecossistema, muitas das vezes irreparável, e por essa razão a conduta não pode ser considerada insignificante"* (Apelação Criminal nº 0000131-31.2012.8.26.0397, Rel. Des. LAURO MENS DE MELLO).

Já as testemunhas arroladas pela defesa, Nádia e Fernando, nada trouxeram de substancial acerca dos fatos.

A condenação, assim, é confirmada, na forma do art. 252 do RITJSP.

A pena-base é mínima.

Inserta a agravante do art. 15, inciso II, lera há, da Lei Ambiental, porquanto o crime ocorreu numa Sexta- Feira Santa (15/04/2022). O aumento foi na fração de 1/6 (um sexto).

O crime foi tentado e lançado máximo redutor (2/3).

Facultou-se alternativa.

Para a hipótese de não aceitação, o regime prisional será o aberto.

Nada a ser redimensionado, portanto.

Diante do exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2086308-68.2024.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que são impetrantes HENRIQUE PEREZ ESTEVES, BÁRBARA CHIARATTI QUEIROZ e GABRIELLE BARBOSA GONÇALVES e Paciente M. M. C..

ACORDAM, em 3ª 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 3394)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) e TOLOZA NETO.

São Paulo, 16 de julho de 2024

MARCIA MONASSI, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS. Insurgência quanto à medida protetiva imposta ao Paciente. Presença dos requisitos previstos na Lei Maria da Penha - art. 19, §§4º, 5º e 6º. Ausência de apontamento de ilegalidade ou teratologia. Via eleita que não se presta ao exame aprofundado de provas. ORDEM DENEGADA.

VOTO

Trata-se de **Habeas Corpus** impetrado por Henrique Perez Esteves, Bárbara Chiaratti Queiroz e Gabrielly Barbosa Gonçalves, em prol de **M. M. C.**, sob a tese de ocorrência de constrangimento ilegal praticado pela Juíza de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Santos, Drª Carla Milhomens Lopes de Figueiredo Gonçalves De Bonis, que aplicou medidas protetivas em favor de A. F. C. (fls. 24/25 - autos de origem).

Em suas razões, os impetrantes aduzem que os fatos não ocorreram da forma narrada, omitindo-se que a vítima lesionou o Paciente, invadiu sua residência e causou danos ao seu patrimônio em 17 de janeiro de 2024, conforme boletim de ocorrência anexado. Ademais, afirmam que a vítima tentou reatar o relacionamento com o Paciente e, sem sucesso, compareceu à delegacia no dia 27 de fevereiro de 2024 para registrar um boletim de ocorrência acerca da injúria supostamente sofrida, postulando pela medida protetiva.

Em que pese o boletim de ocorrência feito contra o Paciente, em nenhum momento a suposta vítima alega que estava sendo ameaçada, com temor ou que tenha narrado qualquer tipo de violência física ou psicológica por parte do Pa-

Acesso ao Sumário

ciente, não havendo motivo para requerer medida protetiva.

Aduzem que não foram preenchidos os requisitos para a concessão da medida, quais sejam: de urgência e perigo de dano, considerando-se que são medidas de caráter excepcional, não tendo sido demonstrado sua efetiva urgência, necessidade, provisoriedade e instrumentalidade.

Esclarecem que o Paciente é primário, de bons antecedentes e labora na empresa G. S. LTDA, exercendo a função de gerente de operações de transportes marítimos, e que a medida protetiva foi pleiteada pela suposta vítima tão somente como forma de se vingar e constranger o Paciente pela sua decisão de não reatar o relacionamento.

Afirmam que a ofendida, inclusive, tentou entrar em contato telefônico no dia 25 de março de 2024 (fl. 26), porém o Paciente não a atendeu, corroborando a afirmação de que não apresenta qualquer ameaça à A., tanto que ela própria o procurou, não subsistindo razão para a medida protetiva ser mantida.

Asseveram, outrossim, que M. e A. são esportistas, praticantes de fisiculturismo, de maneira que caso a medida protetiva seja mantida, o Paciente será prejudicado, em razão das partes envolvidas eventualmente frequentarem a mesma academia, posto que a suposta vítima é personal trainer.

Dessa forma, pugna pela concessão de ordem para revogar a medida protetiva imposta (fls. 01/29).

O *writ* veio aviado com os documentos de fls. 30/166.

O pleito liminar foi indeferido (fls. 168/172).

Informações prestadas à fls. 177/179.

Devidamente intimado, a Douto Procurador de Justiça, Dr. Aloisio Antonio de Camargo Barros Pupin, manifestou-se às fls. 192/201 pela denegação da ordem.

Há oposição ao julgamento virtual (fl. 176).

É o relatório.

Pretendem os impetrantes, via o presente remédio heroico, a revogação da medida protetiva imposta em face do Paciente, impedindo-o de se aproximar ou de entrar em contato com a vítima.

No entanto, não é o caso de concessão da ordem pretendida.

Conforme análise do boletim de ocorrência registrado pela vítima, o Paciente, seu ex-noivo, não aceita o fim do relacionamento. Em decorrência disto, compareceu em seu local de trabalho e agrediu outro homem por motivos de ciúmes. Consta, ainda que até aquela data, o Paciente vinha mandando mensagens de cunho ofensivo por meio de transferências via Pix.

Note-se que, a Magistrada *a quo* indicou em sua decisão a existência dos requisitos mínimos autorizadores da medida (fl. 206), diante da presença de indícios de perigo à vida e a incolumidade física e psíquica da vítima: *"conforme os §§ 5º e 6º, do artigo 19, da Lei nº 11.340/06, as medidas protetivas serão*

Acesso ao Sumário

concedidas independentemente da tipificação penal da violência, do ajuizamento da ação penal, da existência de inquérito policial ou do registro do boletim de ocorrência. Ademais, vigorarão enquanto persistir risco à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da ofendida. Ademais, na hipótese, ainda não ocorreu a decadência e as medidas concedidas não ultrapassam a esfera de direitos do autor do fato, servindo inclusive para evitar futuras contendas entre as partes. Por conseguinte, uma vez que estão presentes os requisitos legais para a manutenção das medidas protetivas, em consonância ao disposto nos artigos 5º e 7º, da Lei Maria da Penha".

Ainda, conforme apontado pelo D. Procurador de Justiça, verifica-se que a medida imposta encontra respaldo no art. 19, §§ 4º, 5º e 6º da Lei Maria da Penha:

> Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.
> § 4º As medidas protetivas de urgência serão concedidas em juízo de cognição sumária a partir do depoimento da ofendida perante a autoridade policial ou da apresentação de suas alegações escritas e poderão ser indeferidas no caso de avaliação pela autoridade de inexistência de risco à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da ofendida ou de seus dependentes.
> § 5º As medidas protetivas de urgência serão concedidas independentemente da tipificação penal da violência, do ajuizamento de ação penal ou cível, da existência de inquérito policial ou do registro de boletim de ocorrência.
> § 6º As medidas protetivas de urgência vigorarão enquanto persistir risco à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da ofendida ou de seus dependentes.

Logo, ausente ilegalidade manifesta, a análise dos fatos é matéria que foge dos limites da via eleita, que não se presta ao exame aprofundado de provas.

Nesse sentido também vigora o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal, bem como do C. Superior Tribunal de Justiça, porquanto a revogação de medidas protetivas de urgência por meio de **Habeas Corpus** é medida excepcional, reservada para os casos em que se verifica flagrante ilegalidade:

> "HABEAS CORPUS. PRETENSÃO DE REVOGAÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS ESTABELECIDAS COM FUNDAMENTO NA LEI Nº 11.340/06. AUSÊNCIA DE JULGAMENTO COLEGIADO NA INSTÂNCIA PRECEDENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICOPROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. (...) Demais disso, inexiste situação que permita a concessão da ordem de ofício ante a ausência de teratologia na decisão atacada, flagrante ilegalidade ou abuso de poder.

Acesso ao Sumário

Por oportuno, transcrevo a fundamentação da decisão do Superior Tribunal de Justiça, naquilo que interessa, in verbis: "[...] Ora, as medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor (REsp n. 1.419.421/GO, Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 7/4/2014). Em outras palavras, as medidas protetivas impostas na hipótese de prática de violência doméstica e familiar contra a mulher possuem natureza satisfativa, motivo pelo qual podem ser pleiteadas de forma autônoma, independentemente da existência de outras ações judiciais (AgRg no REsp n. 1.783.398/MG, Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, DJe 16/4/2019) [...] Outrossim, rever o entendimento das instâncias ordinárias acerca dos fundamentos que deram ensejo às medidas protetivas aplicadas demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus (HC n. 455.232/RJ, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 13/11/2018)." (STF, HC 225339/MS, Relator(a): Min. Luiz Fux, Data do Julgamento: 01/03/2023, Data da Publicação: 02/03/2023).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. AMEAÇA PRATICADA EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA FIXADAS EM FAVOR DA VÍTIMA. ANÁLISE QUANTO À SUBSISTÊNCIA DE RISCO CONCRETO À OFENDIDA. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. MEDIDA PROTETIVA FIXADA APÓS NOTÍCIAS DE AGRESSÃO E AMEAÇA DE MORTE. INOCORRÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE EM SUA FIXAÇÃO E CONTINUIDADE. RECURSO DESPROVIDO. (...) 2. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça - STJ aferir a necessidade e adequação das medidas protetivas à luz da subsistência do risco concreto à vítima, o que exigiria profundo revolvimento fático-probatório, inviável na via do writ. (...) 4. Agravo regimental desprovido." (STJ, AgRg no HC 813923/MG, Relator(a): Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, Data do Julgamento: 14/08/2023, Data da Publicação 16/08/2023).

Posto isso, **denego a ordem** nos termos da fundamentação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2075385-80.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes GIULIA DE FELIPPO MORETTI, MAURO ROSNER e RICARDO FADUL DAS EIRAS e Paciente A. P. C..

ACORDAM, em 9ª 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 26674)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e GRASSI NETO.

São Paulo, 18 de julho de 2024.

CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO, Relator

Ementa: "Habeas Corpus" - Pretensão ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva - Acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de primeiro grau, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta - Precedentes STF e STJ - Prescrição que ocorre em dois anos - Artigo 114, inciso I, do CP - Não atingido o lapso prescricional entre os marcos interruptivos - Impossibilidade de reconhecimento da extinção da punibilidade do paciente - Ordem denegada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de "Habeas Corpus", com pedido liminar, impetrado pelos advogados **Ricardo Fadul das Eiras, Mauro Rosner** e **Giulia de Felippo Moretti**, em favor do paciente **A. P. C.**, alegando constrangimento ilegal por parte da MMª. Juíza de Direito da 1ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional de Santo Amaro da Comarca da Capital.

Alegam, em síntese, que o paciente foi condenado como incurso no artigo 129, parágrafo 9º, do Código Penal, à pena de 03 meses detenção, em regime inicial aberto, e que a sentença condenatória foi confirmada por esta Colenda Câmara, por maioria, em recurso de apelação, contudo, a Defesa opôs embargos infringentes, os quais foram acolhidos para desclassificar a conduta do paciente para aquela prevista no artigo 21 da Lei das Contravenções Penais, aplicando-lhe a pena de 10 dias-multa no valor unitário de ½ salário mínimo.

Sustentam que a Defesa interpôs então os recursos especial e extraordiná-

Acesso ao Sumário

rio, os quais se encontram em processamento, e paralelamente a isso requereu ao Juízo "a quo" a extinção da punibilidade do paciente, por força da prescrição, com fulcro no artigo 114, inciso I, do Código Penal, haja vista o transcurso de lapso temporal superior a dois anos entre a data da publicação da sentença (20 de junho de 2019) e a data da publicação do v. Acórdão (25 de maio de 2022), contudo, tal pedido restou indeferido, sob o fundamento de que havia se encerrado a jurisdição de primeiro grau, a indicar a ocorrência de constrangimento ilegal.

Afirmam que a prescrição é matéria de ordem pública, passível de reconhecimento em qualquer fase do processo, inclusive, de ofício, a teor do artigo 61 do Código de Processo Penal.

Ponderam que o entendimento de que o acórdão confirmatório da sentença condenatória interrompe o prazo prescricional não é pacífico, devendo prevalecer a jurisprudência mais favorável ao réu, isto é, de que o Acórdão que acolheu os embargos infringentes, desclassificando a conduta do paciente, substituiu o Acórdão que negou provimento à apelação, e por isso deve ser o único considerado para o fim de interrupção do lapso da prescrição.

Pretendem, portanto, a concessão da medida liminar para que seja determinada a suspensão da execução da pena do paciente; no mérito pleiteiam a concessão da ordem para que esta Corte declare, de ofício, a extinção da punibilidade do paciente, ante o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, ou ao menos que determine ao Juízo "a quo" que analise tal pretensão.

O pedido liminar foi indeferido por este Relator em 22 de março de 2024.

As informações foram prestadas pela autoridade apontada como coatora.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou- se pela denegação da ordem.

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º, da Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, houve **OPOSIÇÃO** a essa forma de julgamento pelos impetrantes, manifestando interesse em sustentar oralmente as suas razões.

É o relatório.

Extrai-se das informações prestadas pela autoridade apontada como coatora e da consulta ao feito de origem que o paciente foi condenado a cumprir a pena de 03 meses de detenção, em regime prisional inicial aberto, pelo crime de lesão corporal, no âmbito das relações domésticas e familiares, praticado em 07 de julho de 2017.

O representante do Ministério Público se conformou com a condenação, contudo, a Defesa apelou, e esta Colenda Câmara, por maioria, rejeitou a preliminar e deu parcial provimento ao recurso de apelação, tão somente para reco-

Acesso ao Sumário

nhecer a causa de diminuição prevista no artigo 129, parágrafo 4º, do Código Penal, reduzindo a pena do paciente para 02 meses de detenção, em regime inicial aberto, mantidos os demais termos da r. sentença condenatória.

Ficou vencido o Exmo. Desembargador Andrade Sampaio, que dava parcial provimento ao recurso da Defesa em maior extensão, a fim de desclassificar a conduta do réu para a contravenção penal prevista no artigo 21 do Decreto Lei nº. 3.688/41, condenando-o à pena de 10 dias-multa, fixada no valor de metade do salário mínimo vigente à época do pagamento.

Foram então opostos embargos de declaração pela Defesa, porém, restaram rejeitados, e na sequência foram opostos embargos infringentes, os quais, por maioria de votos, foram acolhidos por esta Colenda Câmara, em v. Acórdão da lavra do Exmo. Desembargador Grassi Neto, de sorte que a conduta do paciente foi desclassificada, e a sua pena foi readequada, nos termos do voto vencido.

Ainda inconformada, a Defesa interpôs os recursos especial e extraordinário, os quais foram inadmitidos e desprovidos, respectivamente, e na sequência foram interpostos agravo em recurso especial e agravo interno, mas ambos foram desprovidos.

Agora, tendo em vista a aplicação isolada da pena de multa ao paciente, os impetrantes alegam ter transcorrido o lapso prescricional de dois anos entre a data da publicação da sentença - 20 de junho de 2019 - e do acórdão que julgou os embargos infringentes - 25 de maio de 2022 -, o qual, segundo sustentam, teria substituído o acórdão anteriormente proferido por esta Colenda Câmara, em sede de apelação, para fins de interrupção da prescrição.

Contudo, a meu sentir, sem razão.

Como é cediço, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 176.473/RR, sedimentou o entendimento de que a publicação do Acórdão confirmatório da condenação é causa interruptiva do prazo prescricional.

A referida decisão ficou assim ementada:

"HABEAS CORPUS. ALEGADA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO PELO ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. 1. A prescrição é o perecimento da pretensão punitiva ou da pretensão executória pela inércia do próprio Estado; prendendo-se à noção de perda do direito de punir por sua negligência, ineficiência ou incompetência em determinado lapso de tempo. 2. O Código Penal não faz distinção entre acórdão condenatório inicial ou confirmatório da decisão para fins de interrupção da prescrição. O acórdão que confirma a sentença condenatória, justamente por revelar pleno exercício da jurisdição

Acesso ao Sumário

penal, é marco interruptivo do prazo prescricional, nos termos do art. 117, IV, do Código Penal. 3. Habeas Corpus indeferido, com a seguinte TESE: Nos termos do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o Acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de 1º grau, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta" (Habeas Corpus nº 176.473, Rel. Min. Alexandre de Moraes j. em 27.04.2020).

E ao reapreciar a matéria por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.920.091/RJ, tomando-o como Tema de Recurso Repetitivo nº 1100, o Superior Tribunal de Justiça acompanhou tal entendimento, fixando a seguinte tese:

"O acórdão condenatório de que trata o inciso IV do art. 117 do Código Penal interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório de sentença condenatória, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta".

Implica dizer que, na presente hipótese, o lapso prescricional restou interrompido tanto pelo primeiro v. Acórdão proferido por esta Colenda Câmara, no âmbito da apelação criminal, em que foi dado parcial provimento ao recurso da Defesa, tão somente para reduzir a pena imposta ao paciente, quanto pelo v. Acórdão superveniente, proferido no bojo dos embargos infringentes, desclassificando o delito de lesão corporal para a contravenção penal de vias de fato, até mesmo porque ambos possuem natureza condenatória e são recorríveis, a teor do artigo 117, inciso IV, do Código Penal.

Deste modo, considerados tais marcos interruptivos, constato que entre a data da publicação da sentença condenatória, em 20 de junho de 2019 (fls. 814 dos autos de origem), a data da publicação do primeiro Acórdão, em 27 de novembro de 2020 (fls. 964 dos autos de origem), e a data da publicação do segundo Acordão, em 25 de maio de 2022 (fls. 1.177 dos autos de origem), não decorreu lapso superior a dois anos, nos termos do artigo 114, inciso I, do Código Penal.

Destarte, não é a hipótese de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

ASSIM, PELO MEU VOTO, DENEGO A ORDEM DE "HABEAS CORPUS".

Acesso ao Sumário

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cri-

minal nº 2210819-41.2024.8.26.0000, da Comarca de Praia Grande, em que é impetrante M. P. DO E. DE S. P., é impetrado J. DA 1 V. C. DA C. DE P. G..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONCEDERAM A SEGURANÇA para ratificar a decisão liminar que impôs, ao acusado E. dos S. B., as seguintes medidas protetivas: (I) proibição de aproximar-se da vítima, fixando-se um limite mínimo de 200 metros de distância; (II) proibição de contatar a vítima e seus genitores por qualquer meio de comunicação; e (III) proibição de frequentar a residência e os locais de trabalho da vítima e de seus genitores. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.097)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XISTO ALBARELLI RANGEL NETO (Presidente), AUGUSTO DE SIQUEIRA e MOREIRA DA SILVA.

São Paulo, 23 de agosto de 2024.

XISTO RANGEL, Relator

Ementa: Mandado de Segurança Criminal. Insurgência ministerial contra decisão que indeferiu pedido de fixação de medidas protetivas de urgência em favor da vítima. Acolhimento. Verossimilhança nas alegações da genitora da vítima autoriza a imposição das medidas pleiteadas. Notícias de que o averiguado, desde que ficou sabendo que foi lavrado boletim de ocorrência, vem tentando, insistentemente, contatar a vítima e seus genitores, deixando-os temerosos. Medidas protetivas de urgência devem vigorar enquanto persistir a situação de risco à vítima, independentemente de instauração de inquérito policial ou ação penal. Segurança concedida para ratificar a decisão liminar que impôs as medidas protetivas de urgência em desfavor do averiguado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança criminal, com pedido liminar, impetrado pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo**, contra ato do MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal do Foro de Praia Grande/SP que, nos autos n. 1502387-98.2024.8.26.0477, indeferiu pedido de fixação de medidas protetivas em favor da vítima N. S. R. dos R..

Narra, o impetrante, que a genitora da vítima pleiteou a fixação de medi-

das protetivas de urgência em favor de sua filha.

Traz que a genitora da vítima elaborou boletim de ocorrência, informando que N. S. R. dos R. conta com 17 anos de idade e estava na residência de sua avó materna quando E. dos S. B., que é casado com a tia da vítima, aproximou-se dela e acariciou suas *coxas, aproximando-se das nádegas, cheirou seu pescoço e cabelo, disse que a vítima precisava depilar as partes íntimas, e lhe fez perguntas de cunho sexual, pedindo para que a vítima não falasse disso com ninguém.*

A genitora da vítima declarou que, em decorrência destes fatos, foi elaborado boletim de ocorrência e, por conta disso, E. passou a tentar contatar insistentemente a vítima e seus genitores, o que os deixou temerosos e motivou o requerimento de medidas protetivas.

Insurge-se, o impetrante, contra a decisão que indeferiu o pleito supracitado.

Alega que a palavra da genitora da vítima é suficiente para demonstrar verossimilhança em suas alegações.

Pretende, portanto, em liminar e no mérito, que seja concedido o mandado de segurança a fim de que sejam fixadas, em favor da vítima, medidas protetivas de urgência.

O pedido liminar foi **concedido** às fls. 33/35.

Às fls. 52/54, E. requereu a reforma da decisão liminar que lhe impôs medidas protetivas de urgência, o que foi indeferido por esta Relatoria (fls. 71).

Prestadas informações pelo juízo de origem (fls. 40/41), o parecer da PGJ foi pelo não conhecimento desta ação (fls. 74/80).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Eis as informações prestadas:

01 - Em 10 de julho de 2024, registrou-se boletim de ocorrência com pedido de concessão de medidas protetivas de urgência em favor da suposta vítima de crime de estupro. 2 - Em 11 de julho de 2024, o Ministério Público manifestou-se favoravelmente à concessão do pedido. 03 - Em 12 de julho de 2024, este juízo indeferiu o pedido da requerente, vez que embasado apenas na versão unilateral e sintética da representante da vítima, por meio de mero BO, não havendo sequer a oitiva da própria vítima ou do suposto autor dos fatos, inexistindo testemunhas. 04 - Em 17 de julho de 2024, o Ministério Público informou a impetração de mandado de segurança. 05 - Em 19 de julho de 2024, foi dado cumprimento à r. liminar deferida por Vossa Excelência. 06 - Os autos aguardam, no presente momento, o julgamento do mérito do mandado de segurança.

Pois bem.

Conforme argumentei na concessão do pedido liminar, há verossimilhança nas alegações da genitora da vítima, o que autoriza a concessão das medidas protetivas de urgência.

Acesso ao Sumário

Peço vênia para repetir a análise feita na decisão mencionada:

A respeito dos argumentos expostos na impetração, mesmo sendo medida excepcional, reservada para casos em que há flagrante desatenção a direito líquido e certo, vislumbro os requisitos necessários para a concessão da liminar.

A fundamentação trazida pelo impetrante é relevante, considerando que a genitora da vítima elaborou boletim de ocorrência para comunicar que sua filha foi vítima de violência doméstica.

E mais, após a comunicação do crime, a genitora da vítima retornou às autoridades para requerer a fixação de medidas protetivas em favor de sua filha, declarando que (fls. 03 dos autos de origem):

(...) autor tentou por diversas vezes fazer contato com a vítima, foi a casa da avó da vítima, tentar falar com ela, pois alegou para a cunhada J. que sabia que tinha errado, mas estava arrependido e queria pedir perdão, porém não foi autorizado a entrar no local. Que o autor foi na casada declarante, mas não havia ninguém, e está telefonando insistentemente para o telefone do esposo da declarante, mas não é atendido. Que apesar de saber que a familia da declarante não quer contato com ele, o autor está insistindo em procurá-los, e também a vítima, e segundo J., irmã de declarante, ele está muito nervoso e alterado por saber do registro do B.O. - grifo nosso

Vale destacar que a jurisprudência do c. STJ é firme no sentido de que, em casos de violência doméstica, a palavra da vítima tem especial relevância, haja vista que em muitos casos ocorrem em situações de clandestinidade. (HC n. 615.661/MS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 24/11/2020, DJe de 30/11/2020)

Para a fixação das medidas protetivas não há a necessidade de um juízo de certeza sobre os fatos, apenas que as alegações sejam verossímeis, o que ocorreu no caso em tela.

O fato de o juízo de origem exigir que vítima de violência doméstica, para fins de fixar medida protetiva, comprove o alegado evidencia o fumus boni iuris.

O periculum in mora se vê demonstrado à medida que a demora para se decidir este mandado de segurança pode deixar a vítima desprotegida e vulnerável a novas ações de E..

Aprofundar a discussão além disso seria adentrar ao mérito desta ação, portanto é melhor que venham, primeiramente, as informações da apontada autoridade coatora, possibilitando que a questão seja melhor analisada pelo juiz natural, o colegiado.

*Diante do exposto, **defiro o pedido liminar** do impetrante para impor, ao acusado **E. dos S. B.**, as seguintes medidas protetivas: **(I) proibição de aproximar-se da vítima, fixando-se um limite mínimo de 200 metros de distância; (II) proibição de contatar a vítima e seus genitores por qualquer meio de comunicação; e (III) proibição de frequentar a residência e os locais de trabalho***

Acesso ao Sumário

da vítima e de seus genitores, sob pena de ter decretada sua prisão preventiva no caso de descumprimento de qualquer uma das medidas.

Após a concessão do pedido liminar, E. e a vítima, bem como sua genitora, foram intimados das medidas protetivas impostas (fls. 46 e 54 dos autos de origem).

Pois bem.

A decisão liminar se encontra bem fundamentada e não merece qualquer reparo, estando, inclusive, em consonância com o entendimento deste E. Tribunal de Justiça:

> *MANDADO DE SEGURANÇA - INDEFERIMENTO DE CONCESSÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA - Palavra da vítima coesa e verossímil - Delitos perpetrados no âmbito doméstico que ocorrem às ocultas, na intimidade do lar conjugal - Vítima que elaborou boletim de ocorrência para comunicar que se encontra em situação de violência doméstica - Ademais, foram trazidas fotografias dos hematomas apresentados pela ofendida, suficientes a demonstrar a verossimilhança de suas alegações - Deferimento das medidas de urgência que independe de contraditório e instauração de inquérito policial, ex vi do artigo 22, inciso III, alíneas "a", "b" e "c", da Lei nº 11.340/2006 - Necessidade de preservação da integridade física e psíquica da vítima - Ofensa a direito líquido e certo evidenciada - SEGURANÇA CONCEDIDA, RATIFICADA A LIMINAR.* (TJSP; Mandado de Segurança Criminal 2347112-52.2023.8.26.0000; Rel. Des. Silmar Fernandes; 9ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 15/01/2024; Data de Registro: 23/01/2024)
>
> *Mandado de Segurança - Violência doméstica - Medidas protetivas de urgência - Impetração objetivando a fixação de medidas protetivas de urgência - Palavra da ofendida coesa e verossímil - Necessidade de proteção à vítima, com a imposição de restrições externas ao acusado - Violação a direito líquido e certo. Destaque-se que as medidas protetivas de urgência previstas na Lei n. 11.340/06 visam oferecer proteção acauteladora imediata à vítima das agressões, bem como de ameaças. Devem ser estabelecidas consoante a gravidade e a necessidade do caso. Em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, em havendo indícios de vulnerabilidade da vítima, de rigor sua decretação enquanto perdurar a situação de risco para ela, sobretudo se não prejudicam, ao menos em tese, ao agressor. Caberá ao Magistrado, de acordo com os critérios da razoabilidade, apreciar caso a caso, fundamentando. Destaque-se, ademais, que a medida é provisória e revogável a qualquer tempo em que não mais persistirem a situação de perigo em desfavor da ofendida.* (TJSP; Mandado de Segurança Criminal 2184282-08.2024.8.26.0000;

Acesso ao Sumário

Rel. Des. Grassi Neto; 9ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 10/08/2024; Data de Registro: 10/08/2024)

MANDADO DE SEGURANÇA. Impetrado pelo Ministério Público contra decisão que indeferiu a concessão de medidas protetivas de urgência previstas no art. 22, III, "a", "b" e "c", da "Lei Maria da Penha", à vítima de violência doméstica. 1. Insurgência contra o indeferimento de pedido de aplicação das medidas protetivas de urgência. Demonstrados o fumus boni iuris, bem como o periculum in mora, foi DEFERIDA a liminar. 2. Credibilidade da palavra da vítima, que requereu expressamente a concessão das medidas protetivas de urgência, mostrando-se temerosa com relação ao paciente. (STJ - RHC: 34035 AL 2012/0213979-8). 3. Relato da vítima, que ressaltou que, por medo, teve que mudar de endereço de trabalho, indicando indícios seguros da ocorrência da infração, que se amolda à hipótese prevista no artigo 5º, inciso I, da Lei nº 11.340/06. 4. Necessidade de proteção à situação de perigo iminente e atual, dispensando, inclusive, a apresentação de indícios complementares, como o relato do suposto autor, tudo a ser coletado com o desenrolar das investigações. 5. Segurança concedida. (TJSP; Mandado de Segurança Criminal 2096471-10.2024.8.26.0000; Rel. Des. Toloza Neto; 3ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 15/05/2024; Data de Registro: 16/05/2024)

Mandado de Segurança - Decisão que indeferiu o pedido de concessão de medidas protetivas de urgência - Insurgência ministerial - Acolhimento - Situação exposta que se enquadra nas disposições da Lei 11340/06, que têm por objetivo garantir proteção a mulheres em contexto de violência doméstica e familiar - Verossimilhança na narrativa apresentada pela vítima, impondo ao Judiciário cautela no agir, de modo a coibir de forma efetiva novas violações, salientando que, em casos de violência doméstica em âmbito familiar contra a mulher, a palavra da vítima ganha especial e substancial relevo para o deferimento de medidas protetivas de urgência - Ofendida que, ademais, declarou não ter sido essa a primeira agressão sofrida ou comunicada à autoridade policial, mencionando que o agressor já foi preso criminalmente e que teme por sua integridade física - Segurança concedida para impor ao averiguado as medidas protetivas previstas no art. 22, incisos II e III, alíneas "a", "b" e "c", da Lei nº 11.340/06. (TJSP; Mandado de Segurança Criminal 2249618-90.2023.8.26.0000; Rel. Des. Juscelino Batista; 8ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 10/11/2023; Data de Registro: 10/11/2023)

Acesso ao Sumário

De mais a mais, imperioso lembrar que as medidas ora impostas devem vigorar enquanto persistir a situação de risco à vítima, independentemente da instauração de inquérito policial ou ação penal, conforme entendimento já sedi-

mentado no c. STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MEDIDAS PROTETIVAS. PLEITO DE REVOGAÇÃO DAS MEDIDAS EM RAZÃO DO DECURSO DO TEMPO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CESSAÇÃO DO PERIGO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, por visarem resguardar a integridade física e psíquica da ofendida, possuem conteúdo satisfativo, feição de tutela inibitória e reintegratória e não se vinculam, necessariamente, a um procedimento principal. Ainda, embora tenham caráter provisório, não possuem prazo de vigência, mas devem vigorar enquanto persistir a situação de risco à ofendida, o que deverá ser avaliado pelo Juízo de origem. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp n. 2.482.056/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 02/04/2024, DJe de 11/04/2024.) - grifo nosso

Diante do exposto, **CONCEDO A SEGURANÇA** para ratificar a decisão liminar que impôs, ao acusado **E. dos S. B.**, as seguintes medidas protetivas: **(I) proibição de aproximar-se da vítima, fixando-se um limite mínimo de 200 metros de distância; (II) proibição de contatar a vítima e seus genitores por qualquer meio de comunicação; e (III) proibição de frequentar a residência e os locais de trabalho da vítima e de seus genitores.**

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 0009298-73.2024.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente D. S. S., são recorridos MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e A. S..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Votaram pelo parcial provimento do recurso interposto por D. S. para restabelecer as medidas protetivas urgência fixadas contra A. S. nos autos 1533962-32.2023.8.26.0228, consistentes em "proibição de aproximação a menos de 200 metros e a proibição de frequentar os mesmos locais que a ofendida, em especial, seu local de trabalho", consignando-se que: (i) as medidas protetivas de urgência não poderão ser utilizadas a fim de vedar o recorrido de exercer direito de visitação judicialmente declarado, não caracterizando o seu descumprimento

Acesso ao Sumário

o comparecimento na escola exclusivamente para buscar o filho e; (ii) havendo divergência acerca do exercício do direito de visitação entre as partes, resolver-se-á, até solução pelo juízo da Vara da Família e Sucessões, em prol da recorrente, não cabendo ao recorrido proceder em exercício arbitrário das próprias razões. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.788)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FIGUEIREDO GONÇALVES (Presidente) e MÁRIO DEVIENNE FERRAZ.

São Paulo, 22 de julho de 2024.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA - REVOGAÇÃO - RECURSO - PROCEDÊNCIA PARCIAL - SUBSISTÊNCIA DOS MOTIVOS QUE JUSTIFICARAM A DECRETAÇÃO - POSSIBILIDADE, ENTRETANTO, DE CONCILIAÇÃO COM O DIREITO DE VISITAÇÃO DO RECORRIDO EM FACE DO FILHO COMUM COM A RECORRENTE - MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA RESTABELECIDAS, PORÉM COM EFICÁCIA SUSPENSA QUANDO DO REGULAR EXERCÍCIO DO DIREITO DE VISITAÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por **D. S. S.**, em face de **A. S.** e do Ministério Público, contra a decisão de fls. 34/35 que, nos autos 1533962-32.2023.8.26.0228, revogou as medidas protetivas de urgência consistentes em "*proibição de aproximação a menos de 200 metros e a proibição de frequentar os mesmos locais que a ofendida, em especial, seu local de trabalho*".

Razões às fls. 03/24. Pede a cassação da decisão recorrida, pois subsistem os motivos que ensejaram a decretação das medidas protetivas de urgência. Subsidiariamente, pede que, revogada a medida protetiva de proibição de frequentar o local de trabalho da recorrente, o recorrido se limite a buscar o filho em comum do ex-casal.

O recurso foi contrarrazoado às fls. 71/74 e 77/83.

A decisão foi mantida à fl. 85.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer às fls. 93/97, opinou pelo

Acesso ao Sumário

não provimento do recurso.

FUNDAMENTAÇÃO

Razão parcial assiste à recorrente.

Com efeito, as medidas protetivas de urgência de "*proibição de aproximação a menos de 200 metros e a proibição de frequentar os mesmos locais que a ofendida, em especial, seu local de trabalho*" foram revogadas, exclusivamente, em razão da prejudicialidade ao direito de visitação do recorrido, pois o filho do ex-casal estuda na mesma escola em que a recorrente trabalha.

A revogação total das duas medidas protetivas de urgência se mostrou irrazoável, pois bastaria consignar que o recorrido, **exercendo direito de visita judicialmente reconhecido**, poderia se aproximar da escola, eventualmente até da residência da recorrente, **se assim combinarem amigavelmente**, para buscar o menor.

O imbróglio todo se originou de divergências entre as partes acerca das visitas.

Nos autos 1063940-18.2020.8.26.0002, da 5.ª Vara da Família e Sucessões, determinou-se a suspensão da "*visitação paterna às terças-feiras e alterar o regime convivencial paterno-filial para os finais de semanas alternados, com a retirada do menor na escola às sextas-feiras e devolução no lar materno no domingo até às 18h*", em 10/11/2022 (fls. 53/54).

O recorrido foi buscar o filho na escola no dia 14/11/2023 (fls. 27/30), uma terça-feira, cujo direito de visitação se encontrava suspenso.

Ocorre que, na quarta-feira, 15/11/2023, foi feriado do "Dia da Proclamação da República", o que, a princípio, justifica a confusão sobre se o recorrido teria direito de buscá-lo na escola (fls. 55/56).

Não cabe à justiça comum criminal discutir e muito menos descumprir decisão da justiça comum cível.

Contudo, também não se deve desamparar suposta vítima de violência doméstica integralmente, ainda mais na forma como se deu a decisão recorrida, sem prévia oitiva da recorrente, em violação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[1].

Destarte, as medidas protetivas de urgência devem ser restabelecidas, porém **conciliadas** com as determinações oriundas da Vara de Família e Sucessões.

DISPOSITIVO

Pelo exposto, voto pelo parcial provimento do recurso interposto por **D. S.** para restabelecer as medidas protetivas urgência fixadas contra **A. S.** nos autos 1533962-32.2023.8.26.0228, consistentes em "*proibição de aproximação a menos de 200 metros e a proibição de frequentar os mesmos locais que a ofendida, em especial, seu local de trabalho*", consignando-se que: (i) as medidas protetivas de urgência não poderão ser utilizadas a fim de vedar o recorrido de

1 AgRg no REsp 1.775.341/SP, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe de 14/04/2023.

Acesso ao Sumário

exercer direito de visitação judicialmente declarado, não caracterizando o seu descumprimento o comparecimento na escola **exclusivamente** para buscar o filho e; (ii) havendo divergência acerca do exercício do direito de visitação entre as partes, resolver-se-á, **até solução pelo juízo da Vara da Família e Sucessões**, em prol da recorrente, não cabendo ao recorrido proceder em exercício arbitrário das próprias razões.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 1500250-39.2023.8.26.0038, da Comarca de Araras, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é denunciado WISLEN APARECIDO GONÇALVES DOS SANTOS TEIXEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, para receber a denúncia oferecida contra Wislen Aparecido Gonçalves dos Santos Teixeira, para a instauração do devido processo legal, apurando-se a responsabilidade criminal. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.396)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XISTO ALBARELLI RANGEL NETO (Presidente sem voto), MOREIRA DA SILVA e MARCELO GORDO.

São Paulo, 2 de agosto de 2024.

AUGUSTO DE SIQUEIRA, Relator

Ementa: Recurso em Sentido Estrito. Tráfico de Drogas. Rejeição da denúncia. Falta de justa causa. Nulidade. Atuação da Guarda Civil Metropolitana. Afastamento. Requisitos da lei processual para que a ação investigada no inquérito policial tenha continuidade instrutória presentes. Inexistência de ilicitude patente na abordagem realizada pelos guardas municipais. Possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e justa causa presentes. Recebimento da denúncia que se faz necessário. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Cuida-se de Recurso em Sentido Estrito interposto contra r. decisão do MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Araras (fls. 87/89), que

rejeitou a denúncia oferecida **Wislen Aparecido Gonçalves dos Santos Teixeira**, por infração ao disposto no artigo 33, "caput", da Lei n. 11.343/06, com fulcro no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal, sob o fundamento de falta de justa causa.

Inconformada, recorre a Justiça Pública, sustentando a necessidade de recebimento da denúncia, com o regular prosseguimento do feito. Assevera, em suma, que, embora a função precípua dos guardas civis municipais seja a proteção de bens, serviços e instalações municipais, nada impede que efetuem eventual abordagem quando se deparem com alguém a praticar delito, dentro do princípio de autodefesa da sociedade, podendo, aliás, realizar a prisão em flagrante. Ademais, alega que a Guarda Civil Municipal está inserida no capítulo que trata da segurança pública, e possui o papel de garantidora da ordem pública.

Processado o recurso, foi mantida a r. decisão (fl. 102).

A d. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pelo provimento (fls. 118/123).

É o relatório.

O recurso prospera.

Narra a denúncia, *in verbis: "Consta do incluso inquérito policial que no dia 8 de fevereiro de 2023, por volta de 20h00, no Avenida Presidente Castelo Branco, proximidades do PSF Osvaldo Salvador Devitte, Jardim Narciso Gomes, nesta cidade e Comarca, WISLEN APARECIDO GONÇALVES DOS SANTOS TEIXEIRA, qualificado a fls. 09, trazia consigo, para fins de comercialização, cerca de 58,3g (peso líquido) de COCAÍNA, divididos em 120 porções, substância entorpecente que determina dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão (fls. 16) e laudo químico toxicológico (fls. 39/41).*

Conforme apurado, o denunciado, que ostenta condenação definitiva pelo crime de tráfico de drogas (fls. 53/54), decidiu novamente praticar o comércio ilegal de entorpecentes. Agindo nesse intuito, em local conhecido como ponto de venda de drogas (endereço supramencionado), trazia consigo 120 porções de COCAÍNA com a intenção de comercializá-las.

Assim é que, ao avistar guardas municipais em patrulhamento de rotina com vistas à proteção do patrimônio público, o denunciado, que escondia algo em um gramado, levantou-se e começou a correr com um invólucro nas mãos, arremessando referido objeto sobre uma pilha de escombros.

Os agentes municipais acompanharam o denunciado e o alcançaram, sendo necessário o uso de força moderada para contê-lo.

Em poder do denunciado, os agentes localizaram a quantia de R$ 65,00 em dinheiro. O invólucro arremessado pelo denunciado foi recuperado e continha em seu interior 120 porções de COCAÍNA.

Acesso ao Sumário

Instado, o denunciado negou a prática do crime dizendo ser mero usuário de entorpecentes (fls. 09).

As circunstâncias narradas, somadas aos demais elementos de convicção autuados, demonstram que as porções de COCAÍNA confiscadas se destinavam à mercancia ilícita.

Pelo exposto, denuncio WISLEN APARECIDO GONÇALVES DOS SANTOS TEIXEIRA como incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, e requeiro que, recebida e autuada esta, instaure-se o devido processo criminal, nos termos dos artigos 55 e seguintes da mencionada lei, citando-se e interrogando-se o acusado, ouvindo-se oportunamente as testemunhas abaixo arroladas, prosseguindo-se até a final condenação, inclusive com o decreto de perdimento do dinheiro apreendido, pois que frutos do tráfico ilícito de drogas".

O juiz rejeitou a denúncia, com fundamento na ausência de justa causa para o exercício da ação penal, em razão da nulidade da abordagem realizada por Guardas Civis Municipais.

No entanto, todos os requisitos da lei processual estão presentes para que a ação investigada no inquérito policial tenha continuidade instrutória. Não há falar em ausência de justa causa para o exercício da ação penal, pois, respeitados entendimentos diversos, na hipótese "sub judice", não há ilicitude patente na abordagem realizada pelos guardas municipais.

Acerca do tema, inicialmente, cumpre mencionar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 5948/DF, Relator Ministro Alexandre de Moraes, reiterou a atividade de segurança pública exercida pela Guarda Municipal, apontando que: "(...) *É evidente a necessidade de união de esforços para o combate à criminalidade organizada e violenta, não se justificando, nos dias atuais da realidade brasileira, a atuação separada e estanque de cada uma das Polícias Federal, Civis e Militares e das Guardas Municipais; pois todas fazem parte do Sistema Único de Segurança Pública. Dentro dessa nova perspectiva de atuação na área de segurança pública, o Plenário desta SUPREMA CORTE, no julgamento do RE 846.854/SP, reconheceu que as Guardas Municipais executam atividade de segurança pública (art. 144, § 8º, da CF), essencial ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º, § 1º, da CF). O reconhecimento dessa posição institucional das Guardas Municipais possibilitou ao Parlamento, com base no § 7º do artigo 144 da Constituição Federal, editar a Lei nº 13.675, de 11/6/2018, na qual as Guardas Municipais são colocadas como integrantes operacionais do Sistema Único de Segurança Pública* (art. 9º, § 1º, inciso VII)".

Além disso, julga-se válido o argumento de que, se a qualquer do povo é lícito prender alguém que esteja em flagrante delito, nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal, inviável considerar que os guardas municipais não podem fazê-lo, lembrando que a Constituição Federal estabelece que a seguran-

Acesso ao Sumário

ça é responsabilidade de todos.

Dos elementos de informação verifica-se que estavam pelo local dos fatos, nas proximidades do PSF Oswaldo Devitte - onde há inúmeras denúncias de tráfico de drogas - quando viram o acusado abaixado, próximo a um buraco na grama, com invólucro nas mãos, como se fosse escondê-lo. Ao se aproximarem, Wislen correu com o invólucro na mão e, depois de alguns metros, arremessou o objeto em pilha de lixo. Mais à frente, conseguiram abordá-lo, tendo ele reagido com socos e chutes. Contido e algemado, com ele localizaram um aparelho celular e R$ 65,00 em dinheiro. No local em que ele havia arremessado o objeto, encontraram a sacola plástica contendo 6 "kits" com 20 *eppendorfs* abastecidos de cocaína.

No caso em comento, nos parece, a atuação dos agentes públicos não foi aleatória, de simples eleição, mas decorrente da atitude, comissiva ou omissiva, de alguém que estava em local conhecido pela mercancia ilícita, "abaixado próximo a um buraco na grama", tendendo a esconder algo que trazia nas mãos, o que, evidentemente, chama a atenção. Não bastando, com a aproximação dos guardas, o acusado se pôs a correr, dispensando o que trazia nas mãos.

Ousamos dizer, nesse passo, que essa condição, muitas vezes fruto da experiência dos profissionais da área, pode ser dissimulada ou não ser notada por leigos. E foi o que sucedeu aqui, conforme já destacado, cujo resultado foi, aparentemente, a localização de significativas porções de cocaína. Aliás, essa constatação imediatamente posterior à intervenção não só confirma, como sustenta a "suspeita inicial".

No mais, segundo os relatos, o acusado já estava na posse da substância entorpecente antes da abordagem, lembrando que o tráfico de drogas é crime permanente, cuja consumação se prolonga no tempo. Caso típico, portanto, de situação em flagrante delito a legitimar, em princípio, a atuação dos guardas municipais.

O caso, frise-se, se amolda aos preceitos de urgência, risco de perda da materialidade e, até, de responsabilidade dos agentes, por omissão diante da situação, em tese, criminosa e flagrancial.

Por oportuno, anote-se entendimento já esposado por este Tribunal de Justiça:

> "Não se vislumbra qualquer nulidade na prisão efetuada pela Guarda Civil Metropolitana. Ao visualizarem um indivíduo em atitude suspeita, o abordaram, e constataram que ele estava praticando um crime. O que deveriam fazer, então? Deixar o suspeito ir embora, sob um discurso cômodo de "isso é coisa da PM, da Polícia Civil, da Polícia Federal, não tem nada que ver comigo"? O artigo 301 do Código de Processo Penal deixa isso bem claro: "Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito". Não se trata de uma discussão de competência legal

Acesso ao Sumário

ou constitucional. Caso contrário, por ausência de previsão expressa na Carta Magna ou mesmo na lei, dentistas, padeiros e saxofonistas não poderiam efetuar prisão em flagrante. Ficariam inertes frente a um crime que ocorresse à sua frente, deixando o infrator fugir, ainda que tivessem condições de detê-lo. A preliminar de nulidade, assim está rejeitada." (Apelação Criminal 110926920108260019 - Americana - Rel. Des. Francisco Bruno, 9ª Câmara de Direito Criminal j. 28.07.2011, V.U., TJ-SP).

Ainda, cumpre rememorar que a Lei n. 13.022/14, nos termos do artigo 144, § 8º, da Constituição da República, instituiu normas gerais para as Guardas Municipais, possibilitando, além da proteção ao patrimônio municipal, a colaboração com os demais órgãos de segurança pública, como as Polícias Civil e Militar.

Ao tratar da competência, assim prevê o artigo 5º, da referida Lei: "Art. 5º [...] IV - colaborar, de forma integrada com os órgãos de segurança pública, em ações conjuntas que contribuam com a paz social; V - colaborar com a pacificação de conflitos que seus integrantes presenciarem, atentando para o respeito aos direitos fundamentais das pessoas; XIII - garantir o atendimento de ocorrências emergenciais, ou prestá-lo direta e imediatamente quando deparar-se com elas; XIV - encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração, preservando o local do crime, quando possível e sempre que necessário; XVI - desenvolver ações de prevenção primária à violência, isoladamente ou em conjunto com os demais órgãos da própria municipalidade, de outros Municípios ou das esferas estadual e federal; Parágrafo único. No exercício de suas competências, a guarda municipal poderá colaborar ou atuar conjuntamente com órgãos de segurança pública da União, dos Estados e do Distrito Federal ou de congêneres de Municípios vizinhos e, nas hipóteses previstas nos incisos XIII e XIV deste artigo, diante do comparecimento de órgão descrito nos incisos do caput do art. 144 da Constituição Federal, deverá a guarda municipal prestar todo o apoio à continuidade do atendimento".

A propósito:

"As Guardas Municipais detêm a incumbência de garantir a paz social, atuando na prevenção da prática de delitos, podendo, inclusive, agir de forma que impeça sua ocorrência ou, na hipótese de flagrante, lançar mão de meios que subsidiem a apuração do fato criminoso; o que significa, no caso concreto, estar ela investida legitimamente da autoridade para determinar a parada de quem se suspeita estar em flagrante delito; ordem que merece seja identificada como tal, inclusive para efeito do artigo 330, do Código Penal." (TJSP. Revisão Criminal 2261128-76.2018.8.26.00000. Rel. Camargo Aranha Filho. J. 16.05.2019)

Assim, insurge a necessidade de recebimento da denúncia, nos exatos termos em que oferecida, pois presentes a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a justa causa para a regular apuração da responsabilidade

Acesso ao Sumário

criminal, por meio do devido processo legal, e o exercício do "*jus puniendi*" do Estado.

Nessa conformidade, dá-se provimento ao recurso, para receber a denúncia oferecida contra Wislen Aparecido Gonçalves dos Santos Teixeira, para a instauração do devido processo legal, apurando-se a responsabilidade criminal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito nº 1503052-23.2020.8.26.0197, da Comarca de Francisco Morato, em que é recorrente Y. C. Q. e Recorrente A. DE N. DOS S., é recorrido M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONHECERAM DOS RECUROS, REJEITARAM A PRELIMINAR REQUERIDA E, NO MÉRITO, NEGARAM-LHES PROVIMENTO, com determinação, de ofício, para o fim de nominalmente afastar da parte dispositiva a referência às circunstâncias agravantes, podendo haver debate sobre sua incidência em Plenário, confirmando, assim, os demais termos da r. sentença de pronúncia. V.U. Sustentou oralmente a Exma. Advogada dra. Jaqueline de Souza Pinheiro; fez uso da palavra o Exmo. Procurador de Justiça, dr. Francisco José Taddei Cembranelli.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4.763)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO SALE JÚNIOR (Presidente) e ELY AMIOKA.

São Paulo, 14 de agosto de 2024.

CHRISTIANO JORGE, Relator

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. Homicídio qualificado por motivo fútil e recurso que impossibilitou a defesa da vítima (art. 121, § 2º, I e IV, CP). Ocultação de cadáver (art. 211, CP). Sequestro e cárcere privado (art. 148, CP). Pronúncia. Recursos defensivos.

Preliminar. Vício de falta de fundamentação não verificado. Possibilidade de emprego da técnica da fundamentação per relationem para manutenção da prisão preventiva. Precedentes.

Mérito. Em sede de pronúncia, não há exigência de certeza quanto aos termos da imputação. Juízo de admissibilidade para o exercício da competência re-

Acesso ao Sumário

servada ao Conselho de Sentença. Elementos probatórios no caso concreto que conferem lastro à admissibilidade da acusação. Materialidade. Apesar de relevante para comprovação dos crimes de resultado, o exame de corpo de delito não é imprescindível para comprovação do delito. Precedentes. Prova testemunhal que pode suprir a falta o laudo de exame pericial, acaso desaparecidos os vestígios, tal como na hipótese. Indícios de autoria dados pela prova oral colhida. Necessidade de enfrentamento da causa pelos membros do Conselho de Sentença. Quadro de impronúncia não configurado. A exclusão de qualificadora, em sede de pronúncia, somente se justifica quando manifestamente improcedente. Crime cometido por motivo fútil. Registros de que o crime teria ocorrido em razão de um dos corréus acreditar que a vítima estaria flertando com sua companheira, também corré nos autos. Utilização de recurso que dificultou a defesa da vítima, em razão da surpresa. Inclusão das qualificadoras que se mostra viável. Crimes conexos. Ocultação de cadáver (art. 211, do CP) e sequestro (art. 148, do CP). Viabilidade da inclusão, igualmente, dos crimes conexos no contexto da decisão de pronúncia. Pleito objetivando o afastamento das agravantes consignadas pela autoridade judiciária. Impossibilidade de exclusão. Decisão de pronúncia que detêm natureza processual e, assim, limita-se ao reconhecimento dos indícios de materialidade e autoria, com a indicação das circunstâncias qualificadoras e causas de aumento de pena. Referência às circunstâncias agravantes que devem ser nominalmente afastadas da parte dispositiva da r. sentença de pronúncia, apenas. Competência do Juiz Presidente do Tribunal do Júri por ocasião da individualização da pena, em caso de condenação, após realizadas discussão e debates em Plenário. Inteligência dos artigos 413, §1º, e 492, inciso I, alínea "b", ambos do Código de Processo Penal. Precedentes deste E. Tribunal Bandeirante.

PRELIMINAR REJEITADA.

RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto contra a r. sentença de pronúncia de fls. 1.765/1.825, por meio da qual A. de N. dos S. (fls. 591/592) e A. de N. dos S. (fls. 597/598) foram **pronunciados** como incursos nos artigos 148, c/c artigo 61, inciso II, alíneas "b", "c" e "j"; artigo 121, § 2º, incisos I e IV, c/c artigo 61, inciso II, alínea "j"; e, ainda, artigo 211, c/c o artigo 61, inciso II, alínea "j", todos Código Penal. A corré Y.C.Q (fls. 831/833), por sua vez, foi **pronunciada** como incursa no artigo 121, § 2º, incisos I e IV, c/c artigo 61, inciso II, alínea "j"; e no artigo 211, c.c. artigo 61, inciso II, alínea "j", todos do Código Penal.

Inconformado, o réu A. de N. dos S. ("**A1**") interpôs recurso em sentido estrito, com razões às fls. 1.845/1.861, requerendo preliminarmente a concessão de liberdade provisória. No mérito, requer sua absolvição sumária, nos termos do artigo 415 do Código de Processo Penal. Pugna, ainda, seja ele impronunciado, por ausência de provas da autoria e da materialidade do crime, sobretudo porque nenhuma testemunha teria visualizado a prática do delito. Subsidiariamente, requer o afastamento das qualificadoras e agravantes. Ainda em caráter subsidiário, pleiteia o afastamento da imputação da prática do delito tipificado no artigo 211 do Código Penal, pois o réu não foi (sic) *"visto com o desaparecido ou por qualquer testemunha no dia dos fatos"*.

O corréu A. de N. dos S. ("**A2**"), irmão do supracitado recorrente, por sua vez, resignou-se (cf. manifestação de vontade externada ao Oficial de Justiça à fl. 1.948).

Irresignada, a ré Y.C.Q interpôs recurso em sentido estrito, com razões às fls. 1.837/1.844, requerendo a sua absolvição sumária, nos termos do artigo 415, inciso II, do Código de Processo Penal. Isto porque os elementos probatórios coligidos na fase preliminar da persecução penal deixariam clara a ausência de participação da recorrente nos fatos imputados na denúncia, sobretudo porque ausente testemunha visual de sua participação no delito. Pugna, ademais, pela impronúncia da ré quanto ao crime de homicídio, nos termos do artigo 414, pois não subsistiriam indícios suficientes de autoria, tampouco do *animus necandi*. Novamente assevera serem frágeis as provas testemunhais. Subsidiariamente, pleiteia o afastamento da qualificadora.

Contrarrazões às fls. 1.953/1968.

O d. Procurador de Justiça Eronides Aparecido Rodrigues dos Santos opinou pelo desprovimento dos recursos, conforme parecer acostado às fls. 1.987/1.995.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade

Os recursos devem ser conhecidos.

Estão presentes, na hipótese, os pressupostos recursais objetivos. A r. sentença de pronúncia é recorrível e as doutas defesas valeram-se da via im-

Acesso ao Sumário

pugnativa adequada, de forma tempestiva. Presentes, ademais, os **pressupostos subjetivos**, sobretudo porque os réus possuem legitimidade e interesse recursal, conforme depreende-se das respectivas manifestações de vontade, atestadas por Oficial de Justiça, às fls. 1.949 (referente ao réu A. de N. dos S.) e 2.013 (referente à ré Y.C.Q).

Síntese dos autos

Consta na denúncia que no dia 05 de outubro de 2019, entre às 04h e 5h30 da manhã, em local não precisamente identificado, na cidade e comarca de Francisco Morato, os réus A. de N. dos S. (A1) e A. de N. dos S. (A2), por motivo fútil, para facilitar a execução de outro crime, mediante dissimulação, **arrebataram** a vítima R.D.V. da C. e, na sequência, **privaram-na de sua liberdade mediante sequestro e cárcere privado**. Ainda segundo a exordial acusatória, os réus A. de N. dos S., A. de N. dos S e Y.C.Q, em concurso de pessoas, com unidade de desígnios e propósito, por motivo fútil, mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima, em horário e local não precisamente identificados, **mataram** R.D.V. da C. Por fim, narra o órgão acusatório que os supracitados réus, em concurso de pessoas e com unidade de desígnios, também em horário e local não precisamente identificados, para assegurar a impunidade dos crimes anteriores, **ocultaram o cadáver** de R.D.V. da C., tudo durante período de calamidade pública.

Na primeira etapa do processo - sumário da culpa -, iniciou-se a fase instrutória, com a juntada dos elementos probatórios consistentes no boletim de ocorrência (fls. 09/10), auto de exibição e apreensão de veículo (fl. 69), laudo de exame veicular (fls. 732/736 e 1277/1281), laudo pericial do exame complementar no veículo, com base no material genético dos pais da vítima (fls. 1.050/1.056), auto de exibição e apreensão de aparelhos de telefonia celular dos acusados e testemunha (fls. 276/277), laudos em aparelhos de telefonia celular apreendidos às fls. 737/744, 753/758 e 759/763, imagens de câmeras de motel (fls. 280/282) e comprovantes de entrada e saída do estabelecimento (fls. 287/288), auto de exibição e apreensão de embalagens de celulares e cobertor (fls. 329/330), auto de colheita de material gráfico de A. de N. dos S. (A1) (fls. 388/393), laudo de exame documentoscópico (fls. 650/656), relatórios de investigação (fls. 260/263, 338/341, 344/347, 662/664), auto de acareação de fls. 357/358, transcrição de áudio oriunda da quebra sigilo telefônico judicialmente autorizada (fls. 1116/1143); relatório de diligências de coleta de "odor", as quais foram realizadas mediante utilização de cães farejadores (relatório às fls. 557/566 e 413/414), sendo em ambos assentado o farejamento de odores da vítima, A1 e A2, no mesmo trajeto em local próximo a "zona de mata", aonde também se localizam "lixões" da cidade, denominado "Campo do Soraya", além da realização de audiência de instrução, para fins de colheita da prova oral.

Ao final, compreendeu a Meritíssima Juíza de Direito estarem presentes

Acesso ao Sumário

provas da materialidade delitiva, bem como indícios da autoria de todos os réus, pronunciando-os da forma como delineada alhures.

Eis o resumo do caso.

Preliminar - pedido de liberdade provisória

De início, a douta defesa de A. de N. dos. S. se insurge contra a r. sentença de pronúncia, no tocante ao capítulo pelo qual foi mantida a prisão preventiva anteriormente decretada. Argumenta, em síntese, carência de fundamentação, pois genérica e abstrata, em violação ao teor do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

O pleito não comporta provimento.

Na oportunidade da prolação da r. sentença de pronúncia, assim asseverou a autoridade judiciária: "*Nos termos do artigo 413, § 3º do Código de Processo Penal, os réus não poderão recorrer desta decisão em liberdade, tendo em vista que responderam todo o processo presos, os motivos que fundamentaram a prisão cautelar permanecem inalterados*" (fl. 1825).

Neste cenário, convém rememorar ser amplamente aceita na jurisprudência dos Tribunais pátrios a técnica da fundamentação *per relationem*, ou seja, a motivação de decisões com base em argumentos já expostos em oportunidades pretéritas.

Afinal, quando o magistrado assinala que não houve novos elementos capazes de justificar a alteração de decisão anterior pela qual se decretou a prisão preventiva, nada mais está fazendo do que empregando a técnica da fundamentação *per relationem*, não havendo falar em violação ao artigo 93, IX, da Constituição Federal.

A questão, *mutatis mutandis*, já foi apreciada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, restando decidido: *"Esta Corte firmou orientação de ser indispensável, por ocasião da prolação da sentença condenatória, que o magistrado fundamente, com base em dados concretos extraídos dos autos, a necessidade de manutenção ou imposição de segregação cautelar, ainda que tal fundamentação se dê mediante emprego da técnica per relationem, quando o juiz sentenciante faz expressa remissão aos motivos da decretação da prisão preventiva devido à permanência das razões que a ensejaram."* (RHC n. 177.983/MG, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 13/6/2023).

Portanto, ausente alteração nas circunstâncias fáticas que ensejaram a prisão preventiva do recorrente, tal como reconhecido na r. sentença ora combatida, de rigor a sua manutenção.

Rechaça-se, portanto, a questão preliminar.

Do mérito recursal

Ambos os recorrentes pleiteiam sua absolvição sumária e, ainda, subsidiariamente, apresentam pedido de despronúncia, fundado na ausência de indícios da materialidade e autoria delitiva. Tais pleitos principais não comportam

Acesso ao Sumário

provimento.

Como é assente, a decisão de pronúncia não se baseia em juízo de certeza quanto ao cometimento do crime doloso contra a vida e dos delitos a ele conexos, mas sim de prelibação, bastando a existência de provas de materialidade e indícios de autoria para a pronúncia e consequente submissão do réu ao julgamento pelo rito do Júri.

Essa é a expressa determinação do artigo 413 do Código de Processo Penal, segundo o qual "*O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação*.".

Sobre o assunto, destacam-se os sempre lúcidos esclarecimentos de José Frederico Marques:

> *''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]

Na situação vertente, os elementos probatórios até então coligidos foram suficientemente valorados pela Meritíssima Autoridade Judiciária, adstrita aos limites que a cognição sumária da primeira fase do procedimento do júri comporta.

Na hipótese, conquanto seja exigido para a pronúncia a prova da materialidade do crime, no caso em testilha há conexão do crime de homicídio com os delitos de sequestro e ocultação de cadáver, motivo pelo qual o corpo da vítima, até o momento, não foi encontrado. Sobre a questão, assim discorreu a Magistrada de primeiro grau de jurisdição:

> ***"(...) em análise a todos os elementos acostados aos autos, estou convencida da existência de indícios de que os réus tenham sido os***

Acesso ao Sumário

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

***autores dos fatos a eles imputados, não podendo neste momento ser afastada, destacando-se que o corréu A. foi a última pessoa vista na companhia da vítima antes de seu desaparecimento, o corréu A. ameaçou a vítima de morte poucos meses antes do desaparecimento e a corré Y., além de ser a causa para o desentendimento entre a vítima e A., pelos relatos dos autos, seria, em tese, a mulher que aguardou a vítima, no local indicado por A., havendo indícios que participou da emboscada para captura da vítima*"** (fl. 1.820, nomes adaptados em razão do segredo de justiça).

A esse respeito, os Tribunais Superiores já se posicionaram no sentido de a realização do exame de corpo de delito da vítima ser prescindível para comprovação dos fatos. Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO IMPROVIDO. ANÁLISE DE NORMAS INTERNACIONAIS PARA IMPUGNAR A PRONÚNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE AUTORIA E MATERIALIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DECISÃO QUE NÃO ENCERRA JUÍZO DEFINITIVO. FALTA DE PROVA TÉCNICA. **CORPO DESAPARECIDO. UTILIZAÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE**. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (...) 3. A pronúncia é mero reconhecimento de justa causa para a fase do júri, não se exigindo juízo de certeza, apenas a demonstração de prova da materialidade de crime doloso contra a vida e indícios de autoria, de modo que o feito deve ser submetido ao Tribunal do Júri, sob pena de usurpação de competência. 4. **A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a ausência de exame de corpo de delito não inviabiliza a pronúncia do réu, quando presentes outros elementos de prova, como é a hipótese dos autos**. (RHC 62.807/AL, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 15/03/2017. 5. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 499.200/RJ, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 3/9/2019, DJe de 10/9/2019.) (g.n.)

E, ainda:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. RECORRENTE CONDENADO PELA TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. **ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA PRONÚNCIA DECORRENTE DA AUSÊNCIA DO EXAME DE CORPO DE DELITO**. SUPERVENIÊNCIA DE JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. AUTORIA BASEADA POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. MATÉRIA NÃO SUSCITADA EM MOMENTO OPORTUNO, O QUE ACABOU POR INVIABILIZAR OS RECURSOS EXCEPCIONAIS QUE SE SUCEDERAM. DISCUSSÃO QUE SE ENCONTRA SUPERADA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - O acórdão questionado está em perfeita sintonia com o entendimento jurisprudencial desta Suprema Corte sobre a matéria, no sentido de que, "com a

Acesso ao Sumário

superveniente condenação pelo Tribunal do Júri, inviável o ataque, por meio de habeas corpus, ao acórdão que pronunciou o paciente, uma vez que as alegações presentes no writ, no sentido de que ausentes os indícios de autoria, envolvem o exame aprofundado da prova, matéria esta que só poderá ser plenamente debatida no julgamento da apelação que já foi interposta" (HC 83.489/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). II - **O Supremo Tribunal Federal já decidiu que, "por ser a pronúncia mero juízo de admissibilidade da acusação, não é necessária prova incontroversa do crime, para que o réu seja pronunciado. As dúvidas quanto à certeza do crime e da autoria deverão ser dirimidas durante o julgamento pelo Tribunal do Júri"** (HC 73.522/MG, Rel. Min. Carlos Velloso), como ocorreu no caso sob exame. III - A única preliminar suscitada na apelação defensiva foi o suposto cerceamento de defesa decorrente da não oitiva em Plenário de peritos que atuaram no processo. Nada foi dito quanto à necessidade do exame de corpo de delito em questão. No mérito, a Corte Estadual reconheceu que a autoria do delito estava sobejamente demonstrada por outros elementos de provas, em grande parte por prova testemunhal. IV - Sobre esses aspectos, **o Supremo Tribunal Federal já decidiu, em caso análogo, que "a inquinada nulidade decorrente da falta de realização do exame de corpo de delito não tem sustentação frente à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que não considera imprescindível a perícia, desde que existentes outros elementos de prova.** Inépcia da denúncia: alegação superada com o advento da sentença condenatória" (HC 74.265/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão). V - No Superior Tribunal de Justiça, depois de sucessivos recursos interpostos pela defesa, a Ministra Vice- Presidente daquela Corte negou seguimento ao RE nos EDcl no AgRg no Recurso Especial 1.764.236/SP, de modo que a tese trazida nesta pretensão recursal - a não comprovação da materialidade delitiva, em razão da falta de exame de corpo de delito - encontra-se superada. VI - Agravo regimental a que se nega provimento. (RHC 171700 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23-08-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-191 DIVULG 02-09-2019 PUBLIC 03-09-2019) (g.n).

Por outro lado, as negativas emanadas por todos os corréus (cf. gravações de audiência anexadas às fls. 1.665/1670), ao menos por ora, são insuficientes para ensejar a sua absolvição sumária e, de igual modo, a impronúncia. Isto porque a prova produzida ao longo da persecução penal estrutura o quadro de justa causa necessário para a submissão dos réus a julgamento pelo Tribunal do Júri.

De início, consigne-se terem sido ouvidas apenas na fase preliminar da persecução penal as informantes W.de N., genitora dos corréus, a qual faleceu antes da instrução (cf. certidões de fls. 1.528 e 1.521/1522) e V.C. da S., companheira de A2, a qual não mais foi encontrada (fls. 67/68, fl. 583, e acareação de fls. 357/358).

Sob o crivo do contraditório, a testemunha comum C.A.D. de P., mãe da

Acesso ao Sumário

vítima, asseverou que seu filho e o corréu A1 trabalhavam juntos, no ramo de pinturas, e ambos tiveram desentendimentos em razão de serviços. Após alguns dias, A1 procurou a ex-noiva de seu filho R. e, na oportunidade lhe falou que o ofendido estaria "dando em cima da corré Y.", fato este inventado pela referida acusada. Em uma noite, A1 foi até o seu comércio e discutiu com o ofendido, ameaçando que "iria matá-lo". Em resposta, seu marido disse "no meu filho ninguém toca", mas A1 continuou a dizer "iria matar R." Cerca de quinze dias antes de tais acontecimentos o irmão de A1 pediu emprego ao R. e este o ajudou. No domingo dia 04 de outubro, seu filho não foi trabalhar. No dia seguinte (segunda-feira), A2 ligou para seu filho, perguntando a que horas iriam sair juntos para o serviço. Seu filho saiu por volta das 04h com A2, irmão de A1. Por volta das 07h a noiva de R. notou seu desaparecimento, pois ele tinha o costume de avisar quando chegava no serviço, bem como o aparelho de telefonia celular dele estava desligado. Assim, por volta das 9h, ligou para A1, e Y. foi a pessoa quem atendeu. Na oportunidade, este lhe falou não possuir o telefone de seu irmão, pois não falava com ele, mas retornaria se conseguisse o número. Aguardou até às 15h, então novamente ligou para A1, o qual novamente não passou o número de A2. Foram até a casa deles. Na oportunidade, a genitora dos corréus disse ter visto A1 levando seu irmão A2 e R. até a estação. Diante disso, pegaram câmeras de segurança próximas ao local onde residem, conseguindo visualizar uma imagem e ver A2 e R. subindo a rua juntos. Em razão do ocorrido, registrou ocorrência. Tentaram conversar com os irmãos sobre o ocorrido, por diversas vezes, em tentativa de entender os acontecimentos. Descobriram certos pontos incongruentes nas narrativas dos réus. A2 insistia em dizer que não havia encontrado com R., até ver referidas imagens e, então, afirmou realmente ter visto a vítima, porquanto foram juntos até a "entrada do bairro Recanto". Além disso, A2 chegou atrasado 1h40 no serviço na data do desaparecimento. A1 e Y não estavam na casa no dia dos fatos, alegando terem ido a um hospital, sem fornecerem maiores informações. À noite, A2 ofereceu serviço para terceiro de nome "Juninho", dizendo-lhe ser o responsável pela obra pois "R. não irá mais retornar", "teve um problema". Em dezembro, encontrou Y. andando na rua e discutiram. Esta lhe falou "seu filho está morto, seu filho está longe". Logo após ela fugiu da região. Ressaltou, ademais, ter recebido um bilhete acerca dos fatos, o qual foi colocado abaixo da porta de seu comércio. A esposa de A2, V.C. da S., lhe procurou e relatou ter conversado com ele sobre o ocorrido, o qual lhe afirmou ter acompanhado R. até a "entrada do recanto" e Y. o estava esperando atrás da árvore perto do ponto de ônibus. Afirmou, ainda, terem ele e seu irmão pegado R., mas não disse o que fizeram, apenas afirmou o fato de R. "não estar mais aqui". Não tinha amizade com V., só a conheceu na data do desaparecimento. Há cerca de uma semana A2 estava trabalhando com R., e somente no dia dos fatos os dois foram juntos ao serviço, porque A2 não morava perto, ele

Acesso ao Sumário

morava em outro bairro, apenas naquela ocasião ele foi dormir na casa da mãe dele, próxima à casa de R. A1 morava com a sua genitora. A1 e A2 se falavam, apesar de negarem, pois no dia em que foram conversar, A2 orientava V. a falar com A1, sobretudo para dar a ele o dinheiro da "fita". Por fim, cerca de quinze dias antes, A1 chegou a confirmar que mataria R. para duas pessoas, notadamente (sic) "G." e "W." (cf. gravação de audiência anexada às fls. 1.454).

A testemunha comum S.T., padrasto da vítima, asseverou serem A1 e R. muito amigos, porém, se desentenderam por conta do serviço. Na data dos fatos, a vítima saiu para trabalhar com A2 e desapareceu. Visualizou imagens dos dois andando na rua juntos. A noiva de R. tentou ligar para o ofendido, mas seu aparelho de telefonia celular estava desligado. Diante disso, o depoente tentou falar com A1 e solicitou que ele viesse até seu comércio, mas A1 quis conversar em um local aberto. Este fato lhe causou estranheza, ainda mais porque A1 foi acompanhado de outras pessoas, sendo que S.T. apenas queria saber informações acerca do paradeiro da vítima. Na oportunidade do encontro, A2 também estava e narrou ter o ofendido ficado no "recanto com uma mulher". Indagou mais detalhes, especialmente quem seria tal mulher, pois caso contrário iria comunicar os fatos aos policiais. Não falaram o nome dessa pessoa. Ocorre que R. é muito profissional e não teria saído do serviço, até mesmo porque ele tinha a chave da obra, era o responsável. Há algum tempo, A1 ameaçou a vítima, pois este teria mandado mensagens íntimas a Y., motivo pelo qual ameaçou matar R., inclusive na obra enquanto ele dormia. Relatou, ademais, ter a pessoa de V., mulher de A2, lhe falado que ele ficou no bar bebendo com o dinheiro de R. (cf. gravação de audiência anexada à fl. 1454).

Ainda durante audiência, a testemunha comum F.S. da S., companheira de R., narrou que teve um relacionamento com ele por cerca de cinco anos e moravam juntos na casa dos pais dele. R. sempre saia cedo para trabalhar e voltava à noite, e avisava quando chegava no serviço. No dia dos fatos, a vítima saiu para trabalhar acompanhado do réu A2. Ressaltou serem R. e A1 amigos e trabalhavam juntos, mas tiveram uma desavença alguns meses antes do ocorrido, pois A1 alegou estar R. (sic) "dando em cima" da ré Y., na ocasião ameaçou matar R. De início, A2 negou estar com o ofendido no dia dos fatos. Afirmou ter a genitora dos corréus contado a ela e a C.A.D de P o fato de A1 ter saído para levar R. e A2 até a estação (cf. gravação de audiência anexada à fl. 1454).

Por sua vez, a testemunha comum J.S.C asseverou ser amigo do ofendido desde criança. No dia dos fatos, ficou sabendo pela sua esposa que a C.A.D de P. postou em seu "*status*" de rede social o desaparecimento de R., motivo pelo qual ligou para o padrado dele, S.T, bem como o acompanhou até o local no qual iria conversar com A1 e A2, os quais chegaram em um veículo Honda, cor preta. Ambos afirmaram não terem visto R., mesmo quando indagados sobre terem marcado de saírem juntos para o serviço. Após a negativa, S.T. lhes mostrou

Acesso ao Sumário

filmagem contidas em seu aparelho de telefonia celular, na qual A2 e R. estavam subindo a rua juntos. Em razão disso, a A2 afirmou ter subido até o ponto de ônibus com o ofendido, porém, alegou R. iria esperar uma menina e mais tarde se encontrariam no serviço. Eles ficaram muito nervosos ao saberem das imagens, tendo "tiques". Não é típico do comportamento de R. perder trabalho, nem horário, duvidando que faria isto por mulher. A vítima não lhe contou a razão de seu desentendimento com A1 (cf. gravação de audiência anexada à fl. 1.454).

Em juízo, a testemunha comum L.D.V. da C., irmão de R., narrou que ficou sabendo dos fatos por mensagem de sua genitora, a qual relatou o desaparecimento, sobretudo ter o ofendido saído para trabalhar e não mais retornado. Assim, no período da noite, foram até a casa do A1, não havia veículo no local e as luzes se encontravam apagadas. Neste dia não conseguiram falar com ninguém. No dia seguinte, a genitora dos réus falou que A1 foi levar A2 e R. ao serviço (cf. gravação de audiência anexada à fl. 1.454).

Sob o crivo do contraditório, a testemunha comum M.P.L. dos S., excompanheira de A1, tendo encerrado o relacionamento de dezesseis anos em razão de traições, sendo a última com a corré Y. O réu A1 sempre foi tranquilo, mas quando ele arrumava outra pessoa queria que ela saísse da residência. Nesta última separação houve agressão física dele. Tem dois filhos de outro relacionamento. Conheceu R. como amigo de A1, pois trabalhavam juntos. Afirmou, ademais, que A1 tinha uma arma de fogo, mas ela havia pedido para ele retirá-la da casa, devido receio de acidente com crianças. Os irmãos A1 e A2 tinham bom relacionamento. Indagada pela defesa, relatou ter a genitora da vítima lhe passado um "*print*", no qual havia uma mensagem relatando ter sido R. enterrado por "Tekinho", apelido este utilizado por pessoas próximas a A1. Em razão disso, ligou para o número do celular em questão, mas não foi atendida. Tal número teria sido cadastrado em nome de A1, enquanto ele já estava preso (cf. gravação de audiência anexada à fl. 1.454).

Ainda perante a Autoridade Judiciária, foi ouvida a testemunha em comum M. S. do N., enteado de A1. Asseverou ser o relacionamento entre sua genitora e o referido réu bom, exceto pelas traições. Em geral, seu padrasto não era violento com a sua genitora, tendo confusão só quando este conheceu Y. A1 teria usado um "taco" para agredir sua mãe. Depois destes fatos, ficou um ano sem falar com A1. Se reaproximou devido ao afeto dele por seu filho, tendo A1 oferecido a ele um emprego no ramo de obras. Na data fática, inclusive, ouviu uma ligação de V. para A2. Ela estava brava e perguntou (sic) "vocês não fizeram nada com eles não né?". Após notícias veiculando o ocorrido, achou melhor se afastar do réu A1. No dia do acontecido, foi trabalhar com A1. O combinado era sempre A1 o buscar onde ele morava. Habitualmente ele passava às 7h, mas no dia do acontecido o corréu atrasou um pouco, chegando uns 20 ou 30 minutos depois. O ora recorrente A1 estava calado e um pouco nervoso. Normalmente

Acesso ao Sumário

saiam para tomar café na sogra, mas na data dos fatos A1 estava nervoso e calado e não quis parar (cf. gravação de audiência anexada à fl. 1.454).

A testemunha, L.V. de J., ao seu turno, narrou ser amigo da vítima, bem como conheceu os réus A1 e A2, pois R. lhe pediu para levá-los em uma oficina mecânica. Houve um desentendimento entre R. e A1, inclusive na frente de sua residência, local onde a mãe do ofendido tinha um comércio. Presenciou a briga e a ameaça de morte feita por A1 ao R. Algumas semanas antes, R. lhe contou que a esposa de A1 estava "dando em cima dele", mas ele não queria nada. Este seria o motivo da briga, mas não chegou ver as mensagens pois R. disse as ter apagado. A vítima também lhe contou ter ajudado A2 com emprego, oportunidade na qual o advertiu por ter contratado o irmão de alguém que já o ameaçara. Estava apoiando, junto com R., um candidato político amigo em comum, mas eles não eram políticos, tampouco tinha desafetos nesse sentido. Na data da ameaça de morte já mencionada, em complemento, ressaltou novamente ter ouvido A1 gritar que "mataria R." e, logo após, este entrou em um carro de cor preta, acredita ser um Honda. Visualizou tudo de sua varanda. Durante a audiência, em conformidade com os critérios legais e com descrições prévias, reconheceu A1 e A2 (cf. gravação de audiência anexada à fl. 1.454).

Por fim, a testemunha "protegida 01" (fl. 1.465), em juízo, asseverou conheceu A2 e V. Esta última comentou com ela sobre o envolvimento de seu companheiro em uma suspeita de homicídio. V. lhe narrou que na noite do acontecido os réus A1, A2, e Y. estavam juntos e mataram o rapaz. V. disse, ademais, ter indagado A2 porque ele estava todo arranhado e com a roupa suja e ele teria confessado o crime e, ainda, a ameaçou se ela contasse para alguém isto ocorreria com ela também. **A2 contou à V. o fato de terem levado R. para uma mata (sem especificar onde) e lá o torturaram muito e, após, o jogaram de uma ribanceira. Ao descerem até o local para constatar, verificaram estar R. ainda vivo e implorou para não lhe matarem, pois ele havia arranjado emprego para A2, para ele não atirar, mas ele atirou na vítima e, logo em seguida, pegaram pneus e colocaram junto ao corpo de da vítima e Y. colocou fogo. A2 teria ameaçado V. e sua filha de morte, acaso ela contasse os fatos a alguém.** Ainda, V. relatou ter A1 ofertado R$5.000,00 (cinco mil reais) para A2 matar R. A corré Y. teria inventado que o rapaz havia "dado em cima dela", ensejando ciúmes em A1. Não soube informar a quem pertencia a arma de fogo, pois V. nada disse a propriedade do armamento. V. apenas lhe relatou estar com a arma dentro da bolsa do bebê quando A2 foi preso, a qual teria lhe sido entregue por ele. O último contato com V. foi há cerca de 3 meses. A filha de V. está com o tio de A2. Apesar do tio de A2 relatar ser V. usuária de drogas, apenas tem conhecimento de sua ingestão de bebida alcóolica, mas nunca efetivamente visualizou o consumo. Antes dos fatos, V. não tinha relação com a genitora do ofendido. Conheceu V. através da sua irmã, pois esta cuidava dos

Acesso ao Sumário

seus sobrinhos, conhecendo-a desde 2019, sendo de confiança (cf. gravação de audiência anexada à fl. 1.454).

Do cotejo das provas, por ora, produzidas nestes autos, não se vislumbram, de plano e nos limites de cognição da fase sumário da culpa, inconsistências nos depoimentos das testemunhas, as quais relataram, de modo firme e coeso, a cronologia e a dinâmica fáticas, sobretudo relacionados à pretérita amizade entre os corréus A1 e A2 com a vítima, a ameaça de morte emanada por A1 em razão de supostos flertes com a corré Y., a ida ao trabalho do ofendido em conjunto com A2 e seu posterior desaparecimento.

Por outro lado, o fato de nenhuma testemunha ter visualizado os supostos crimes não elide as demais provas produzidas até o momento, as quais, analisadas em conjunto, conferem lastro ao juízo de admissibilidade da tese acusatória. Há, pois, necessidade de enfrentamento da causa pelos membros do Conselho de Sentença.

Para além disso, os relatos pormenorizados pelas testemunhas foram corroborados pelos elementos informativos coligidos durante as investigações, sobretudo os relatórios de diligências de coleta de "odor", as quais foram realizadas mediante utilização de cães farejadores, sendo relatado o farejamento de odores da vítima, A1 e A2, no mesmo trajeto em local próximo a "zona de mata", onde também se localizam "lixões" da cidade, denominado "Campo do Soraya" (fls. 557/566 e 413/414). Soma-se a isso o teor das transcrições de áudios oriundos da quebra sigilo telefônico judicialmente autorizada (fls. 1.116/1.143) - frise-se, por oportuno, ter sido indeferido o seu desentranhamento, consoante decisão de fls. 1.372/1.376.

Nesse diapasão, cabe obtemperar que a decisão de pronúncia não se baseou somente nos elementos informativos colhidos no curso do inquérito policial, mas sim nas provas (propriamente ditas), produzidas sob o crivo do contraditório, sobretudo a oral (não havendo se falar em depoimento de apenas uma testemunha isoladamente considerado), as quais apontam, ainda que minimamente, para a autoria dos recorrentes. Inexiste, pois, qualquer violação ao artigo 155 do Código de Processo Penal.

Não se vislumbra, ademais, insuficiência probatória indicativa da imperatividade da decisão de impronúncia. De igual modo, inviável despronunciar os acusados, já que verificado, aparentemente, o intuito *necandi* dos recorrentes, consistente em ameaçar de morte o ofendido em razão de desavenças pretéritas.

Dessarte, da análise das provas acima pormenorizadas, conclui-se subsistirem elementos indicativos de materialidade e indícios suficientes de autoria dos crimes de sequestro, ocultação de cadáver e homicídio qualificado, praticado contra a vítima R.D.V. da C., a lastrear a pronúncia de A. de N. dos S. (A1), A. de N. dos S. (A2) e Y.C.Q.

Sobre o tema, no magistério de Mougenot:

Acesso ao Sumário

"***Cobrou, pois, a lei, no que se refere à pronúncia, um majus em relação à presença de um simples indício e um minus em relação à veemência desse. Por isso mesmo, à evidência, não exigiu certeza nesta fase. Donde concluir que a pronúncia não deve conter uma análise profunda do meritum causae. Assim, nessa decisão 'apenas se reconhece a existência de um crime e a presença de suficientes indícios da responsabilidade do réu, apontando-se a direção a ser seguida pela ação penal***" (Bonfim, Edilson Mougenot. Curso de processo penal - 7.ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 627).

Convém rememorar, à evidência, que na hipótese de dúvida cabe ao julgador efetivamente pronunciar, encaminhando o feito ao Tribunal do Júri, órgão competente para o julgamento da causa. Porquanto nesta fase do procedimento, como é assente, vigora a máxima do *in dubio pro societate* (STJ, HC, 106.550/SP. 5ª T, Rel. Felix Fischer, Dje 23/03/2009).

Os pleitos subsidiários de exclusão das qualificadoras, da mesma maneira, não merecem prosperar.

Consoante a firme orientação do Egrégio Supremo Tribunal Federal: "*Na linha da orientação jurisprudencial desta Suprema Corte, o afastamento ou reconhecimento da existência de qualificadoras situa-se no âmbito da competência funcional do Tribunal do Júri, órgão constitucionalmente competente para apreciar e julgar os crimes dolosos contra a vida, salvo se forem manifestamente improcedentes e incabíveis.*" (STF, HC 216511 AgR, relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 29/08/2022).

Não destoa o entendimento adotado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, "*A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que somente devem ser excluídas da decisão de pronúncia as circunstâncias qualificadoras manifestamente improcedentes ou sem nenhum amparo nos elementos dos autos, sob pena de usurpação da competência constitucional do Tribunal do Júri, como no caso dos autos.*" (AgRg no HC n. 429.228/PR, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 26/2/2019).

Na situação vertente, as qualificadoras não se mostram manifestamente impertinentes ou improcedentes, devendo, portanto, ser objeto de deliberação pelo Conselho de Sentença no momento do julgamento.

Afinal, há mínima correlação entre as qualificadoras do motivo fútil e do emprego de surpresa quando da suposta prática dos crimes e as provas por ora colhidas, porquanto os acusados teriam, em tese, cometido os crimes em razão de suposto flerte da vítima com a companheira de um deles e, ainda, pelo fato de subsistir prévia combinação de irem juntos trabalhar, possibilitando a realização de emboscada.

Evidentemente, competirá ao Conselho de Sentença analisar a efetiva incidência ou não das qualificadoras, as quais, porém, não se mostram manifestamente incompatíveis com os elementos informativos e probantes existentes nos

Acesso ao Sumário

autos, não sendo o caso, portanto, de exclui-las da apreciação pelo Tribunal do Júri.

No caso em apreço, a tese acusatória atribui aos réus, igualmente, a responsabilidade pelo sequestro (art. 148 do CP) e ocultação de cadáver (art. 211 do CP). Os elementos probatórios colhidos especialmente pelos relatórios de investigação de "odor", aliado à prova oral acima delineada, tornam viável a inclusão dos crimes conexos no contexto do julgamento a ser proferido pelo Tribunal do Júri.

Por fim, pleiteia o recorrente A. de N. dos S. sejam afastadas as agravantes consideradas. O pedido não comporta acolhimento.

Todavia, de rigor o afastamento nominal da parte dispositiva da r. sentença a referência às circunstâncias agravantes. Afinal, dispõe o artigo 413, §1º, do Código de Processo Penal que a fundamentação da decisão de pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade e à existência de indícios suficientes de autoria, especificando-se as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

Por igual motivo, impossível é a imediata exclusão das circunstâncias agravantes expressamente consignadas pelo órgão acusatório na denúncia, sobretudo porque eventual reconhecimento incumbe ao Juiz Presidente do Tribunal do Júri por ocasião da individualização da pena, em caso de condenação, após realizadas discussão e debates em Plenário, conforme estabelece o artigo 492, inciso I, alínea "b", do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, já decidiu este Egrégio Tribunal Bandeirante:

> Recurso em sentido estrito. Homicídio doloso. Pronúncia. **Circunstância genérica atenuante. Calamidade pública. Aquela tributável ao estado de calamidade pública, como, de regra, as circunstâncias agravantes genéricas, devem ser nominalmente afastadas da parte dispositiva da decisão de pronúncia. É que a decisão de pronúncia tem natureza meramente processual, devendo ater-se simplesmente à indicação da existência do ilícito imputado em sua conformação material essencial e suposta autoria, com as eventuais circunstâncias qualificadoras e causas de aumento de pena**, comportando, pois, a composição do hipotético ilícito em sua estruturação típica basicamente elementar, tanto quanto necessária ao pleno exercício do direito de acusação e defesa (Código de Processo Penal, artigo 413, parágrafo 1º). **Não se há de esquecer que, em caso de condenação, no procedimento do Tribunal do Júri, o eventual reconhecimento de circunstâncias genéricas atenuantes ou agravantes, pelo presidente, reclama não mais que a mera alegação e consequente debate das partes em Plenário (Código de Processo Penal, artigo 482, inciso I, alínea "b").** (TJSP; Recurso em Sentido Estrito 1500904-64.2021.8.26.0533; Relator (a): Sérgio Mazina Martins; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Santa Bárbara d'Oeste - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 10/06/2022; Data de Registro: 10/06/2022) (g.n.)

E, ainda:

Acesso ao Sumário

Recurso em sentido estrito contra decisão de pronúncia. [...] Em relação à agravante da calamidade pública, não é possível afastar, na decisão de pronúncia, agravantes ou atenuantes e causas de aumento ou de diminuição de pena. Conforme redação do artigo 413, §1º do Código de Processo Penal, a sentença de pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena. (...) Recurso ministerial parcialmente provido para permitir a ampla discussão, em plenário, de agravantes ou atenuantes. Recurso defensivo desprovido. (TJSP; Recurso em Sentido Estrito 1517184-89.2020.8.26.0228; Relator (a): Xisto Albarelli Rangel Neto; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal - Juri - 4ª Vara do Júri; Data do Julgamento: 26/10/2021; Data de Registro: 26/10/2021) (g.n).

Pelo exposto, **CONHEÇO DOS RECUROS, REJEITO A PRELIMINAR REQUERIDA E, NO MÉRITO, NEGO-LHES PROVIMENTO**, com determinação, de ofício, para o fim de nominalmente afastar da parte dispositiva a referência às circunstâncias agravantes, podendo haver debate sobre sua incidência em Plenário, confirmando, assim, os demais termos da r. sentença de pronúncia.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2099721-51.2024.8.26.0000, da Comarca de Mauá, em que é peticionário A. E. C..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram a revisão criminal. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.972)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), RACHID VAZ DE ALMEIDA, GRASSI NETO, ALCIDES MALOSSI JUNIOR, CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO, NELSON FONSECA JÚNIOR e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 16 de agosto de 2024.

NUEVO CAMPOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REVISÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA POR AUSÊNCIA OU DEFICIÊN-

CIA DA DEFESA TÉCNICA - INOCORRÊNCIA - ENTÃO DEFENSOR SE MANIFESTOU NAS OPORTUNIDADES DEVIDAS E INTERPÔS RECURSO DE APELAÇÃO - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO - SÚMULA 523, C STF - PEDIDO INDEFERIDO.

VOTO

Vistos.

A. E. C. foi criminalmente processado, perante o R. Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Mauá, e condenado como incurso no art. 217-A, do Cód. Penal, combinado com o art. 226, II, ambos do Cód. Penal, a 12 (dois) anos de reclusão, em regime fechado, concedido o direito de recorrer em liberdade (fls. 250/263).

Inconformado, o peticionário apelou.

A Colenda 6ª Câmara Criminal deste Eg. Tribunal de Justiça, por votação unânime, negou provimento ao apelo defensivo (fls. 332/342).

A defesa interpôs recurso especial, que não foi admitido por ser intempestivo (fls. 436/437).

A defesa, então, interpôs agravo em recurso especial, que não foi conhecido pelo C. Superior Tribunal de Justiça (fl. 462).

Houve a interposição de agravo regimental no agravo em recurso especial, que também não foi conhecido pelo C. Superior Tribunal de Justiça (fls. 479/482).

O V. Acórdão transitou em julgado para a defesa em 02/03/2023 (fl. 390).

Após o trânsito em julgado da condenação, foi determinada a expedição de mandado de prisão (fl. 490).

Pugna, pela via revisional, com fulcro no art. 621, I, do Cód. de Proc. Penal, pela anulação do processo *ab initio*, por ausência ou deficiência de defesa técnica (fls. 4/21).

Sustenta, a propósito, violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como do disposto no art. 261, do Cód. de Proc. Penal.

Aduz que o então defensor, além de sustentar teses defensivas inapropriadas ao caso concreto, interpôs o Recurso Especial extemporaneamente.

Pede, ainda, a concessão de liminar para que seja concedido ao peticionário o *"direito de responder à acusação em liberdade"*.

Indeferida a liminar (fl. 562), opinou a D. Procuradoria de Justiça pelo indeferimento do pedido revisional (fls. 565/572).

É, em síntese, o relatório.

Conhece-se do presente pedido revisional que, no entanto, deve ser indeferido.

Acesso ao Sumário

Importa anotar, de início, que o presente pedido revisional não impugna o mérito da condenação.

O peticionário foi condenado pelo crime de estupro de vulnerável porque, no dia 16 de agosto de 2019, prevalecendo-se das relações de autoridade, coabitação e hospitalidade, praticou atos libidinosos contra a fus filha A.C. criança com 10 (dez) anos de idade.

Não há que se falar em cerceamento de defesa ou em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Pelo que verte dos autos, o d. defensor do peticionário manifestou-se regularmente em todos os atos processuais e, inclusive, apelou da r. sentença condenatória.

Importa considerar que, ainda que de forma sucinta, como se depreende das alegações finais e das razões da apelação criminais, a defesa apontou a fragilidade probatória para a condenação do réu, ora peticionário (fls. 221/228 e 250/274, proc.crime).

Houve, quando do julgamento do recurso de apelação interposto pela defesa, o reexame do conjunto probatório (fls. 311/321, proc. crime).

Não é demais transcrever a ementa do V. Acórdão concernente à apelação criminal em questão (fl. 311, do proc.crime):

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. Absolvição. Impossibilidade. Comprovação da autoria e da materialidade delitivas. Palavras da vítima, depoimentos de testemunhas. As alegações de falta de culpabilidade, ausência de dolo e culpa e inexigibilidade de conduta diversa, não favorecem o réu, pois o dolo da conduta foi demonstrado, eis que ele agiu de forma livre e consciente e, sim, lhe era exigível conduta compatível com um pai normal e respeitoso. O simples fato da sua filha estar na mesma cama que ele não permite que ele pratique atos libidinosos com a menor, pessoa que ele deve proteger e não molestar. De outro lado, no que concerne ao pedido do apelante de desclassificação do crime para o do art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente, este não merece prosperar, pois, como asseverado, indubitável é a existência de prática de atos libidinosos, não sendo cabível a tese de que ocorreu apenas mera submissão da criança a constrangimento. Penas mantidas. APELO DESPROVIDO. (Apel. Crim. 1502122-71.2019.8.26.0348. Rel. Des. Marcos Correa. 6ª Cam. Crim. J. 27/10/2022).

Acesso ao Sumário

A crítica às teses defensivas suscitadas pelo então defensor não autoriza o reconhecimento de que o peticionário esteve indefeso e, ademais, a teor do art. 563, do Cód. de Proc. Penal, o pronunciamento de nulidade processual tem como pressuposto a demonstração de prejuízo da parte, o que não se vislumbra no presente caso.

Nesse aspecto, aplica-se o enunciado na Súmula 523, do Colendo Supremo Tribunal Federal: *"No processo penal, a falta de defesa constituiu nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo par ao réu"*.

É certo, também, que o Recuso Especial foi interposto pelo então defensor após o decurso do prazo legal, de modo que não foi admitido (fls. 436/437), o que, por si, não dá ensejo ao reconhecimento de nulidade processual, por se tratar de ato facultado à parte, tendo em vista o princípio da voluntariedade dos recursos (CPP, art. 544).

Nesse sentido:

"A perda de prazo para a interposição de recurso, que é ato facultado à parte, não enseja, necessariamente, nulidade processual, tendo em vista o princípio da voluntariedade dos recursos, previsto no art. 544 do Código de Processo Penal." (HC 756.702, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 22/05/2023, Decisão Monocrática.)

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE LICITAÇÃO. FRACIONAMENTO DE DESPESAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. 1. INTIMAÇÃO PESSOAL DO ADVOGADO E DA RÉ. TRANSCURSO DO PRAZO SEM A INTERPOSIÇÃO DO RECURSO DE APELAÇÃO. PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE RECURSAL. CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. 2. DEFESA TÉCNICA INSUFICIENTE. AUSÊNCIA DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 523 STF. ART. 563 DO CPP. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. 3. RECURSO IMPROVIDO. 1. Consoante regra inserta no art. 574 do Código de Processo Penal, o defensor constituído ou dativo, devidamente intimado da sentença, não está obrigado a recorrer, em razão do princípio da voluntariedade dos recursos Precedentes desta Corte. No caso, o então defensor foi intimado da sentença, em duas oportunidades, contudo, manteve-se inerte, não manifestando qualquer inconformismo com a condenação. Igualmente a ré tomou ciência do édito condenatório, deixando a cargo da defesa técnica qualquer iniciativa recursal. 2. A ausência de interposição de recurso de apelação não constitui nulidade por deficiência ou mesmo por falta de defesa, quando intimados tempestivamente da sentença condenatória defensor e ré, nos termos do enunciado 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Efetivamente, "aquele que não recorre, no prazo previsto pela lei, mostra conformismo com a sentença e perde a oportunidade de obter sua reforma ou nulidade" (HC n. 232.824/SE, Relator o Ministro Og Fernandes, DJe 18/06/2012). Do mesmo modo, não há que se falar em prejuízo sofrido quer durante a instrução processual, quer após a prolação da sentença. Inteligência do art. 563 do Código de Processo Penal. 3. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento. (STJ, RHC 33.642/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 19/09/2013, DJe 26/09/2013).

Face ao exposto, meu voto indefere o pedido revisional.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2087669-23.2024.8.26.0000, 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 PROCEDENTE EM PARTE. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.430)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, AFONSO FARO JR., JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, ÁLVARO TORRES JÚNIOR, CORREIA LIMA, EUVALDO CHAIB, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI e JARBAS GOMES.

São Paulo, 3 de julho de 2024.

MARCIA DALLA DÉA BARONE, Relatora

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade – Município de Marília – Lei n. 9059/2023, que "Dispõe sobre a obrigatoriedade de disponibilizar cadeira de rodas nas escolas públicas e privadas" – Ação proposta pelo Prefeito Municipal aduzindo ingerência do Poder Legislativo no Poder Executivo de iniciativa, ofensa ao princípio da separação dos poderes, imposição de novas atribuições indevidas ao Município, além da atribuição privativa do chefe do executivo para legislar sobre tal assunto – Inconstitucionalidade apenas do inciso III do artigo 2º da lei em análise – Exegese do artigo 111 da Constituição Estadual, aplicável aos Municípios por força do artigo 144 da mesma Car-

Acesso ao Sumário

ta, não tendo havido invasão da matéria relacionada ao funcionamento da Administração na instituição da política pública em comento – Norma Municipal de acordo com o regramento Federal sobre o tema, em observância à tutela dos direitos e interesses das pessoas portadoras de deficiência ou dificuldade de locomoção que frequentem instituições de ensino – Imposição de penalidade de suspensão do alvará de funcionamento para a hipótese de descumprimento da medida, por sua vez, que ofende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade – Ação julgada procedente em parte, para declarar a inconstitucionalidade do inciso III do artigo 2º da Lei Municipal n. 9.059, de 12 de dezembro de 2023.

VOTO

Vistos,

Cuida-se de ação direta ajuizada pelo Prefeito do Município de Marília, com pedido liminar, buscando a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 9.059, de 12 de dezembro de 2023 que "Dispõe sobre a obrigatoriedade de disponibilizar cadeira de rodas nas escolas públicas e privadas".

Argumenta, em síntese, que a lei invade competência concorrente da União e dos Estados, determinada pelo artigo 24, inciso XIV da Constituição Federal, e ofende o princípio da separação dos poderes, previsto no artigo 5º e 144 da Constituição Federal. Argumenta que a lei encerra inconstitucionalidade formal e material, uma vez que, além de dispor sobre normas de proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência, não observou as balizas já determinadas pela União por meio da Lei n. 13.146/2015, mais especificamente o seu artigo 57. Aduz que o ato normativo em questão impacta na organização administrativa, adentrando na seara de conveniência e oportunidade do chefe do Poder Executivo. Alega que não foi feito estudo de estimativa e impacto orçamentário e financeiro, o que afronta o artigo 113 do ADCT. Pugna pela concessão da liminar.

A decisão inicial concedeu a liminar para o fim de suspender a vigência da Lei n. 9.059/2023 do Município de Marília até o julgamento final do feito (fls. 64/65).

Informações prestadas pelo Presidente da Câmara Municipal de Marília (fls. 78/96) defendendo a constitucionalidade do ato. Sustenta que o Estatuto da Pessoa com Deficiência não pode ser utilizado como parâmetro nas ações de controle concentrado e tampouco deve ser utilizado o argumento de que o fato de um de seus dispositivos não ter expressamente previsto que ao Município é

Acesso ao Sumário

dado suplementar a legislação, nem possuir supostamente omissão ou lacuna, não deve ser utilizado como argumento para declaração de inconstitucionalidade da Lei em comento, já que tal prerrogativa para suplementar a legislação federal e estadual possui respaldo constitucional, no artigo 30, inciso I e II. Alega que a Lei, de iniciativa de uma vereadora que é professora da rede municipal de ensino, se deu em razão da dificuldade de locomoção temporária, de modo a garantir o acesso à educação a todas as crianças do Município.

Não houve manifestação da D. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça pela improcedência do pedido (fls. 142/150).

É o relatório.

Preliminarmente, como é cediço, o parâmetro utilizado para o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade perante os Tribunais de Justiça é a Constituição Estadual, como disposto no artigo 125, § 2º da Constituição Federal, sendo vedado, assim, o contraste da norma objeto da ação com a Lei Orgânica Municipal.

No mesmo sentido, apenas é permitida invocação de parâmetro da Constituição Federal desde que se trate de norma de reprodução obrigatória pela Constituição Estadual.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade em controle abstrato, na qual se pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 9.059, de 12 de dezembro de 2023 que "Dispõe sobre a obrigatoriedade de disponibilizar cadeira de rodas nas escolas públicas e privadas", abaixo transcrita:

> Art. 1º. As escolas públicas e privadas ficam obrigadas a disponibilizar cadeira de rodas em local de fácil acesso em suas dependências, destinada ao deslocamento de deficiente físico ou de pessoa que estiver temporariamente impossibilitada de caminhar.
>
> Art. 2º. O descumprimento da presente Lei pelos estabelecimentos privados, implicará em:
>
> I – notificação para a aquisição do equipamento no prazo de até 30 (trinta) dias;
>
> II – multa no valor 30 (trinta) UFESPs – Unidade Fiscal do Estado de São Paulo, sendo aplicada em dobro em caso de reincidência;
>
> III – suspensão do alvará de funcionamento até regularização.
>
> Art. 3º. As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.
>
> Art. 4º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Segundo alega o Alcaide, em apertada síntese, referida lei incorre em vício de iniciativa, bem como viola o princípio da separação dos poderes, já que há a indevida ingerência do Poder Legislativo no exercício das atribuições típicas do Poder Executivo, com a imposição de obrigações a este, violando

Acesso ao Sumário

os artigos 5º, 25, 47, incisos II, XI, XIV e XIX, 111 e 144 da Constituição do Estado de São Paulo; o artigo 24, inciso XIV da Constituição Federal e, ainda, o 113 do ADCT.

O pedido deve ser julgado procedente em parte, apenas para reconhecer a inconstitucionalidade do disposto no inciso III do artigo 2º da Municipal n. 9.059, de 12 de dezembro de 2023.

Como é cediço, em regra, a iniciativa legislativa é conferida ao Poder Legislativo, cabendo a iniciativa ao Poder Executivo de forma excepcional, em hipóteses delimitadas e restritas.

Neste cenário, imperioso ressaltar o entendimento sedimentado no julgamento do Tema 917 pelo Col. Supremo Tribunal Federal em repercussão geral, "*não usurpa a competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, 'a', 'c' e 'e' da Constituição Federal*"). (STF, tema 917).

Nos moldes estabelecidos pelo artigo 47, incisos II, XIV e XIX da Constituição do Estado de São Paulo, aplicável aos Municípios por força do artigo 144 do mesmo diploma, compete exclusivamente ao chefe do executivo:

> "**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;
> (...)
> **XIX –** dispor, mediante decreto, sobre: (NR)
> **a)** organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos; (NR)"

Neste contexto, o regramento que impõe às instituições de ensino pública e privada a obrigação de disponibilizarem cadeiras de roda em suas dependências não envolve atos de gestão da Administração e a disciplina da organização e funcionamento da Administração Pública, porquanto tão somente dispõe acerca da garantia de acessibilidade em instituições escolares aos portadores de deficiência física ou àqueles que estejam impossibilitados temporariamente de se locomoverem. Ou seja, disciplina interesse de parcela da população, cuja vulnerabilidade é constitucionalmente reconhecida e protegida.

A norma impugnada não trata especificamente da atribuição dos órgãos do Poder Executivo. Ainda que a implementação da política pública sobre a qual versa o ato normativo impugnado possa gerar custos para sua implementação, bem como demanda de pessoal para tanto, é certo que a norma busca dar con-

Acesso ao Sumário

cretude à tutela e interesse da pessoa portadora de deficiência ou de mobilidade reduzida que frequente escolas pública e privadas, cujos direitos devem ser atendidos, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da separação dos poderes.

A este respeito, ademais, verifica-se, em âmbito federal, o quanto disposto no artigo 57 da Lei n. 13.146/2015:

> "Art. 57. As edificações públicas e privadas de uso coletivo já existentes devem garantir acessibilidade à pessoa com deficiência em todas as suas dependências e serviços, tendo como referência as normas de acessibilidade vigentes."

Denota-se que a Lei Municipal ora impugnada não contraria o regramento federal, observando os interesses locais da municipalidade, o que não implica usurpação da competência concorrente da União e Estados prevista no artigo 24, XIV da Constituição Federal de legislar sobre "proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência".

Com efeito, colacionam-se precedentes deste E. Órgão Especial a respeito do tema:

> Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei Municipal n.º 6.337, de 9 de novembro de 2022, do Município de Catanduva – Norma que estabelece diretriz de acessibilidade a ser aplicada nos cemitérios do Município de Catanduva e dá outras providências – Alegação de inconstitucionalidade em razão de vício de iniciativa e ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, bem como violação ao art. 113 do ADCT da Constituição Federal, uma vez que desacompanhada de estimativa de impacto financeiro – Vício que não se verifica – Norma que não trata das matérias constantes no art. 24, § 2º, da Constituição Estadual – Inteligência da tese fixada no julgamento do Tema nº 917 do STF – Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos – Lei que visa dar concretude a direito social previsto constitucionalmente – Arts. 227, § 1º, inciso II, e § 2º e 244, da Constituição Federal, que trata do direito de acessibilidade aos portadores de deficiência – Competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar acerca da proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência, observada a competência suplementar dos Municípios – Inteligência dos arts. 24, inciso XIV e 30, inciso II, da Carta Magna – Lei Federal n.º 10.098/2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida – Norma municipal que se limitou a explicitar o conteúdo de direito fundamental já expresso na Constituição e em outras normas de caráter geral – Entendimento do E. STF, no sentido de que "Não ofende a separação de poderes, a previsão, em lei de iniciativa parlamentar, de encargo inerente ao Poder Público a fim de concretizar direito social

previsto na Constituição" – Não se verifica usurpação de competências legislativas ou materiais do chefe do Poder Executivo Municipal – Inconstitucionalidade decorrente da inobservância do art. 113 do ADCT que também não se verifica – Obrigações constantes na norma que foram anteriormente impostas por outras normas, inexistindo qualquer impacto orçamentário ou financeiro – Art. 4º da norma impugnada que viola o princípio da separação dos poderes, previsto no art. 5º da Constituição Estadual, bem como o art. 47, incisos II e XIV, do mesmo diploma legal, uma vez que a regulamentação de leis está inserida na competência privativa do Poder Executivo, razão pela qual ao legislador não é permitido impor prazo para que as leis sejam regulamentadas – Ação julgada parcialmente procedente, apenas para declarar a inconstitucionalidade da expressão "em até 90 (noventa) dias de sua publicação", prevista no art. 4º da Lei Municipal n.º 6.337/2022, do Município de Catanduva

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2288124-72.2022.8.26.0000; Relatora: Luciana Bresciani; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 26/04/2023; Data de Registro: 27/04/2023)

1. Ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei n.º 8.267, de 18 de julho de 2018, do Município de Marília, que "torna obrigatórios procedimentos para tratamento e desinfecção de areia existente nos locais de recreação instalados em creches, praças, parques infantis, escolas, clubes recreativos, quadras de esportes em ambientes públicos ou privados". 2. Ausência de vício de iniciativa – Ato normativo de iniciativa parlamentar – Norma que, em sua essência, não interfere na gestão do Município e tampouco veicula matéria inserida na reserva de administração – Competência legislativa concorrente – Artigos 24, § 2º, e 47, ambos da Constituição do Estado de São Paulo que não admitem interpretação extensiva – Ofensa, ademais, ao artigo 25 da Carta Paulista não caracterizada – Necessidade de fiscalização que não gera novas despesas porque inerente ao poder de polícia. 3. Inconstitucionalidade, porém, do artigo 4º da Lei impugnada que gera atribuições à Secretaria Municipal de Saúde – Afronta à separação dos poderes – Violação aos artigos 5º, 47, inciso XIV, e 144, todos da Carta Paulista. 4. Ação parcialmente procedente.

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2217468-90.2022.8.26.0000; Relator: Vianna Cotrim; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 01/03/2023; Data de Registro: 02/03/2023)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei de iniciativa parlamentar promulgada com veto do Chefe do Executivo – Inconstitucionalidade inexistente – Matéria por ela tratada que não se subordina às hipóteses taxativamente arroladas, reservadas à iniciativa do Chefe do Executivo, nem gera despesa pública a maculá-la pela inconstitucionalidade – Lei que determina a afixação de placa informativa com os nú-

Acesso ao Sumário

meros telefônicos do canal de comunicação da Prefeitura Municipal de Jundiaí, para sugestões reclamações ou denúncia, e "Disque denúncia" – Ação desacolhida.

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2166189-75.2016.8.26.0000; Relator: Silveira Paulilo; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 01/02/2017; Data de Registro: 20/02/2017);

Ressalte-se, por oportuno, que o artigo 2º, incisos I e II da Lei n. 9.059/2023 prevê a imposição de multa apenas aos estabelecimentos privados que não cumprirem a determinação legal, não impondo penalidades aos estabelecimentos públicos.

Por outro lado, o inciso III do referido artigo 2º estabelece a suspensão do alvará de funcionamento para os estabelecimentos privados que não cumprirem com a determinação legal, até a correspondente regularização.

Cuida-se de penalidade deveras gravosa, que não atende aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, porquanto pode prejudicar o funcionamento do ano letivo e, por consequência, o acesso à educação dos munícipes, incluindo os portadores de necessidades especiais, a quem a lei busca beneficiar.

Ademais, a imposição de multa em caso de descumprimento da obrigação, a qual pode ser dobrada na hipótese de reiteração da conduta, como previsto no inciso II do artigo 2º da Lei em análise, tem o condão de garantir a execução da política pública em questão, mostrando-se suficiente e razoável ao seu mister.

Por fim, o ato normativo em análise não deixou de observar o disposto no Artigo 113 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal, que fora incluído pela Emenda Constitucional n. 95/2016, com a seguinte redação: "A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro.".

Com efeito, a exigência de estimativa de impacto orçamentário e financeiro disposta no Artigo 113 do ADCT deve ser observada no processo legislativo, sendo certo que a lei aprovada em desacordo com o seu comando incorre em vício de inconstitucionalidade formal.

Acesso ao Sumário

Contudo, no caso em testilha, a suposta falta de recursos orçamentários não causa a inconstitucionalidade da lei, mas tão somente sua ineficácia no exercício financeiro à sua vigência. Ademais, denota-se que o ato normativo em questão não cria despesas substanciais, conforme consignado nos precedentes supracitados.

Em face do exposto, pelo voto, Julga-se procedente em parte a ação para o fim de declarar a inconstitucionalidade do inciso III do artigo 2º da Lei Municipal n. 9.059, de 12 de dezembro de 2023 do Município de Marília.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2080031-36.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE RESTINGA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE RESTINGA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.514)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, AFONSO FARO JR., JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, PAULO AYROSA, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI e JARBAS GOMES.

São Paulo, 31 de julho de 2024.

MARCIA DALLA DÉA BARONE, Relatora

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade – Município de Restinga – Lei n. 2.068, de 11 de junho de 2019 – Expressões "encontros ecumênicos" e "outros afins" contidas no art. 1º do ato normativo em questão – Violação à laicidade estatal – Ofensa ao direito fundamental à liberdade de religião, princípio da isonomia, finalidade e interesse público – Contrariedade aos artigos 111 e 144 da Constituição do Estado de São Paulo, bem como dos artigos 5º, VI e 19, I da Constituição Federal – Ação julgada procedente.

VOTO

Vistos,

Cuida-se de ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça, buscando a declaração de inconstitucionalidade das expressões "encontros ecumênicos" e "outros afins" contidas no art. 1º da Lei n. 2.068, de 11 de junho de 2019, do Município de Restinga, a qual "*dispõe sobre autorização do Executivo municipal em disponibilizar veículos da municipalidade para o transporte de*

Acesso ao Sumário

munícipes para participarem de encontros ecumênicos na região, e dá outras providências".

Argumenta, em apertada síntese, que o ato normativo em questão contraria o disposto nos artigos 5º, 111 da Constituição do Estado de São Paulo, a qual está subordinada a produção normativa municipal, por força dos artigos 1º, 18, 29 e 31 da Constituição Federal. Alega que a expressão "encontros ecumênicos" é incompatível com o artigo 19, inciso I da Constituição Federal, que se aplica aos Municípios por força do artigo 29 da Carta Magna e 144 da Constituição do Estado de São Paulo. Sustenta que o Estado brasileiro é laico e garante a pluralidade de crenças, tecendo comentários acerca de sua neutralidade, no sentido de não se adotarem posturas em benefício ou prejuízo de diversas igrejas ou religiões estabelecidas no território nacional. Alega que a expressão "outros afins" também está eivada de inconstitucionalidade, havendo violação ao princípio da separação dos poderes. Aduz que referida expressão efetuou delegação inversa de poderes e ofendeu o princípio da legalidade, ao atribuir ao Chefe do Poder Executivo a definição de outras situações, que, em tese, geram o direito definitivo na normativa.

Não houve manifestação da D. Procuradoria Geral do Estado (fls. 88).

Não houve informações prestadas pela Prefeitura e pela Presidência da Câmara Municipal de Restinga (fls. 89).

Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça pela procedência do pedido (fls. 94/98).

É o relatório.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, em controle abstrato, na qual se discute a validade das expressões "encontros ecumênicos" e "outros afins" constantes do artigo 1º da Lei n. 2.068, de 11 de junho de 2019 do Município de Restinga, a qual dispõe "sobre autorização do Executivo municipal em disponibilizar veículos da municipalidade para o transporte de munícipes para participarem de encontros ecumênicos na região, e dá outras providências".

Transcreve-se abaixo a integralidade do ato normativo:

> Art. 1º. Fica o Poder Executivo Municipal, autorizado a disponibilizar veículos coletivos exclusivo da municipalidade, para o transporte destinado à participação em **encontros ecumênicos**, eventos esportivos, socioeducativo, lazer e **outros afins**.
>
> Art. 2º. O representante da entidade deverá formalizar previamente o pedido junto ao Departamento de Transporte do Município para que seja agendada a data, horário, local, número de participantes.
>
> Art. 3º. As despesas decorrentes desta Lei correrão por conta de e próprias do Orçamento do Município, suplementadas se necessário.
>
> Art. 4º. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação revogada as disposições em contrário.

Argumenta o *Parquet*, em apertada síntese, que a expressão "encontros

Acesso ao Sumário

ecumênicos" em questão, afronta a laicidade estatal, bem como o direito fundamental de pluralidade de crenças, dispostos nos artigos 5º, inciso IV e 19, inciso I da Constituição Federal, além de contrariar os princípios da igualdade, finalidade e interesse público, dispostos no artigo 111 da Constituição do Estado de São Paulo, impondo discriminação injustificada e tratamento privilegiado. Aduz, ainda, que a expressão "e outros afins" atenta contra o princípio da separação dos poderes.

Neste contexto, verifica-se que um dos parâmetros utilizados para embasar a presente ação direta diz respeito à laicidade do Estado e liberdade de crença, garantias estas previstas na Constituição Federal.

Embora em regra não seja possível valer-se de dispositivo da Constituição Federal como parâmetro para julgamento de ação direta de inconstitucionalidade em controle abstrato de atos normativos municipais, a exceção é quando referido parâmetro se tratar de norma de reprodução obrigatória pelos Estados, conforme sedimentado no julgamento do Tema 484, que firmou, em Repercussão Geral, a seguinte tese pelo Col. Supremo Tribunal Federal:

> "Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados **(STF, RE 650898, Tema 484, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do acórdão Min. Roberto Barroso, J. 02.02.2017, DJe 24.08.2017)**

E, como norma de reprodução obrigatória, compreende-se, nas palavras do Min. Roberto Barroso: "*as disposições da Carta da República que, por pré-ordenarem diretamente a organização dos Estados-membros, do Distrito Federal e/ou dos Municípios, ingressam automaticamente nas ordens jurídicas parciais editadas por esses entes federativos. Essa entrada pode ocorrer, seja pela repetição textual do texto federal, seja pelo silêncio dos constituintes locais – afinal, se sua absorção é compulsória, não há qualquer discricionariedade na sua incorporação pelo ordenamento local.*" (STF, Rcl 17954 AgR/PR, Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, J. 21.10.2016, DJe: 10.11.2016).

Segundo o princípio da laicidade, compete ao Estado manter-se neutro em matéria confessional, no intuito de preservar o direito fundamental à liberdade religiosa, garantindo que todas as religiões recebam tratamento isonômico e equânime.

Nos moldes do quanto estabelecido nos artigos 5º, inciso IV e 19, inciso I da Constituição Federal "*verbis*":

> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)

Acesso ao Sumário

> VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias"
> (...)
> Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
> I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público".

Deste modo, o ato normativo impugnado, ao determinar a disponibilização de veículos coletivos exclusivos da municipalidade para o transporte de munícipes em encontros ecumênicos, acaba por impor despesas decorrentes da execução de fomento religioso ao erário municipal, subvencionando-o, o que contraria os dispositivos acima citado.

Isto é, não pode lei editada por Ente Público integrante de Estado laico estimular certo tipo de dogma religioso, subvencionando o transporte a encontros ecumênicos, sob pena de atentar contra a isonomia dos cidadãos, desprestigiando outras crenças ou mesmo a sua ausência.

Ressalte-se que a laicidade não se confunde com o laicismo. Enquanto a primeira é tida como característica do Estado não confessional, no qual se adota postura de respeito e neutralidade perante a religião – inclusive pela ausência dela (agnosticismo ou ateísmo) – a segunda diz respeito a modelo de comportamento em que as questões religiosas são totalmente excluídas da esfera pública, em que a religião, muitas vezes é vista de forma negativa.

De forma alguma o laicismo está presente no Estado Brasileiro, certo que já no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 há menção a Deus ("promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil"), sendo esta uma alusão não específica de determinada religião, mas que demonstra o reconhecimento de crença na existência de um Deus por parte dos constituintes, afastando-se qualquer ideia de Estado ateu que se pudesse atribuir.

Acesso ao Sumário

Neste contexto, o dever de neutralidade do Estado não se confunde com a indiferença religiosa, sendo que a norma questionada privilegia a religião cristã em detrimento das demais que não professam os ensinamentos bíblicos, ou mesmo daqueles que não manifestam crença, o que atenta contra o princípio da isonomia previsto no artigo 111 da Constituição do Estado de São Paulo, que estipula, "in verbis":

> "Artigo 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência."

Não há, destarte, justificativa constitucional no fomento de transporte proposto no dispositivo impugnado, o que contraria os princípios da finalidade e interesse público.

Com efeito, colacionam-se precedentes deste Órgão Especial a respeito do tema:

> ADI. Santo André. Autor, o e. PGJ. Acolhimento para afirmar a inconstitucionalidade tanto do parágrafo único do art. 1º como do art. 3º da Lei n. 7.121, de 25 de abril de 1994, do Município de Santo André, que estabeleciam violação à laicidade atribuindo ao Erário custos por celebração religiosa, como ainda a intervenção da Secretaria Municipal de Educação, Cultura e Esportes na organização do evento. Na esteira da laicidade, vedada preferência por qualquer orientação religiosa, é defeso atribuir incumbências obrigacionais ao Erário para patrocinar, com recursos ou pessoal, este ou aquele evento de cunho religioso. Ação procedente.
> **(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2048476-98.2024.8.26.0000; Relator: Roberto Solimene; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 12/06/2024; Data de Registro: 13/06/2024)**
>
> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OBJETO. Artigos 2º, 3º e 4º, todos da Lei de iniciativa parlamentar nº 2.971, de 02 de março de 2023, do Município de Itapecerica da Serra, que dispõem sobre a organização da "Marcha para Jesus", incluída no calendário de eventos oficiais da cidade. PARÂMETROS DE CONSTITUCIONALIDADE. Artigos 5º, 74, inciso IV, 111 e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo; e artigos 5º, caput, inciso VI, e 19, incisos I e III da Constituição Federal. Impossibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Lei Orgânica do Município. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL E FORMAL. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios subvencionar manifestações religiosas, sob pena de violação ao princípio constitucional da laicidade do Estado, nos termos do artigo 19, inciso I, da Constituição Federal, bem como do artigo 111, aplicável aos Municípios, por força do artigo 144, ambos da Constituição Estadual. Precedentes deste C. Órgão Especial. Há, ainda, vício de iniciativa. Violação ao princípio da separação de poderes e da reserva de administração. Ato normativo que gera indevida ingerência na seara administrativa. Ofensa aos artigos 5º, e 47, incisos II, XIV e XIX "a", da Constituição Estadual, e ao artigo 61, § 1º, inciso II, "b", da Constituição Federal. Precedentes deste C. Órgão Especial. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE.
> **(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2173850-61.2023.8.26.0000; Relator: Carlos Monnerat; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 24/04/2024; Data de Registro: 26/04/2024)**
>
> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 14.366, DE 18 DE DEZEMBRO DE 2007, DO MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS, A

Acesso ao Sumário

QUAL INSTITUIU O "DIA MUNICIPAL DA BÍBLIA", ESTABELECENDO ATIVIDADES COMEMORATIVAS NA DATA ESTABELECIDA PARA CELEBRAÇÃO DO LIVRO SAGRADO DOS CRISTÃOS – ARTIGO 4º QUE PREVÊ QUE AS DESPESAS DECORRENTES DA EXECUÇÃO DAQUELA LEI CORRERÃO POR CONTA DE VERBAS PRÓPRIAS DO ORÇAMENTO MUNICIPAL, SUPLEMENTADAS SE NECESSÁRIO – IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÃO AO MUNICÍPIO DE SUBVENCIONAR EVENTO DE CARÁTER EMINENTEMENTE RELIGIOSO – CONTRARIEDADE AO PRINCÍPIO DA LAICIDADE DO ESTADO, PREVISTO NO ARTIGO 19, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, APLICÁVEL AOS MUNICÍPIOS POR FORÇA DO ARTIGO 144 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E CUJA DISPOSIÇÃO VEDA EXPRESSAMENTE SUBVENÇÃO ESTATAL DE CULTOS RELIGIOSOS OU IGREJAS – PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL – AÇÃO PROCEDENTE.

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2296845-76.2023.8.26.0000; Relator: Matheus Fontes; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 03/04/2024; Data de Registro: 10/04/2024)

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.

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2287771-95.2023.8.26.0000; Relator: Campos Mello; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 20/03/2024; Data de Registro: 26/03/2024)

No mesmo sentido, a expressão "e outros afins" contida no mesmo artigo 1º do ato normativo em questão também está eivada de inconstitucionalidade, por violação ao princípio da separação dos poderes e da legalidade.

Conforme bem alegado pelo *Parquet*, referida expressão atribui ao Chefe do Executivo a definição genérica de outras situações genéricas que poderiam gerar o direito a transporte, em contrariedade ao princípio da legalidade. Tal expressão abriria a possibilidade ao Chefe do Executivo de garantir o transporte a eventos de uma forma genérica, não necessariamente em observância ao interesse público.

Verificada, portanto, a ofensa aos artigos 5º, inciso VI e 19, inciso I da Constituição Federal, bem como dos artigos 111 e 144 da Constituição do Estado de São Paulo, ante a ofensa ao direito fundamental de liberdade religiosa, assim, como da isonomia, finalidade e interesse público e legalidade, devendo a presente demanda ser julgada procedente.

Acesso ao Sumário

Em face do exposto, pelo voto, Julga-se procedente o pedido para o fim de declarar a inconstitucionalidade das expressões "encontros ecumênicos" e "outros afins" contidas no art. 1º da Lei n. 2.068, de 11 de junho de 2019, do Município de Restinga.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2071818-41.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SUZANO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SUZANO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITOS 'EX NUNC'. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.629)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, AFONSO FARO JR., JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, GOMES VARJÃO, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO e CAMPOS MELLO.

São Paulo, 7 de agosto de 2024.

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei nº 5.280, de 24 de março de 2021, que "dispõe sobre a obrigatoriedade da prestação de socorro aos animais atropelados por condutores no âmbito municipal e dá outras providências" – Usurpação de competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte e sobre direito civil – Ofensa ao pacto federativo – Violação, ademais, aos artigos 1º e 144 da Constituição Estadual e ao artigo 22, incisos I e XI da Constituição Federal – Inconstitucionalidade reconhecida – Ação procedente, com modulação dos efeitos".

Acesso ao Sumário

VOTO

Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito do Município de Suzano em face da Lei nº 5.280, de 24 de março de 2021, que "dispõe sobre a obrigatoriedade da prestação de socorro aos animais atropelados por condutores no âmbito municipal e dá outras providências", apontando violação aos artigos 5º, 47, incisos II, XI, XIV e XIX, alínea "a", e 144 da Constituição Estadual, bem como aos artigos 1º, 2º, 5º, inciso II, 22, inciso I e XI, 60, parágrafo 4º, incisos I e III, 61, parágrafo 1º, inciso II, alíneas "a" e "e", 84, inciso VI, alínea "a", todos da Constituição Federal, e artigo 113 do ADCT.

Sustenta, em síntese, que o ato normativo impugnado, ao tratar do deslocamento de pessoas, veículos e animais, bem como da responsabilidade civil dos motoristas, invadiu competência privativa da União para legislar sobre trânsito e sobre direito civil, argumentando, em complementação, que os Municípios não estão autorizados a criar infrações não previstas no Código de Trânsito. Alega, no mais, que norma vergastada interfere na sua esfera de atuação, afrontando o princípio da separação dos poderes, pois compete exclusivamente ao Chefe do Executivo deflagrar o processo legislativo afeto à gestão da Administração. Enfatizando, no mais, que se encontram presentes os pressupostos autorizadores para a concessão da liminar, insiste na suspensão da eficácia da Lei nº 5.280, de 24 de março de 2021, do Município de Suzano, até decisão definitiva, declarando-se, a final, sua inconstitucionalidade e, por arrastamento, a nulidade de "todos os atos administrativos e normativos correlatos dela decorrentes" (fl. 13).

Concedida a liminar, a Câmara Municipal e a Procuradoria Geral do Estado deixaram transcorrer, *in albis*, o prazo para manifestação (cf. fls. 47/48).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pela procedência da ação (fls. 53/63).

É o relatório.

A ação é de ser julgada procedente.

O texto impugnado tem o seguinte teor:

"LEI MUNICIPAL Nº 5.280 24/03 de 2021.

Dispõe sobre a obrigatoriedade da prestação de socorro aos animais atropelados por condutores no âmbito municipal e dá outras providências.

Art. 1º. Todo motorista, motociclista e ciclista que atropelar qualquer animal nas vias públicas dentro dos limites do Município será obrigado a prestar socorro.

Art. 2º. O não cumprimento desta Lei acarretará multa ao motorista, motociclista ou ciclista infrator.

Art. 3º. A fiscalização e a aplicação de multas serão de responsabilidade de órgãos municipais, determinados pelo Poder Executivo.

Art. 4º. O disposto nesta lei não exclui, ao infrator, a aplicação de outros diplomas legais, como as sanções previstas no art. 32 da Lei

Acesso ao Sumário

Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 e outras normas correlatas.

Art. 5º. Fica autorizado o Município a promover convênios com órgãos estaduais e federais para a melhor fiscalização e a aplicação de multas.

Parágrafo único. Na regulamentação da presente Lei, constará obrigatoriamente:

I – valor de referência da multa;

II – o órgão responsável pela fiscalização e aplicação das sanções; e,

III – formas e prazos para recurso administrativo.

Art. 6º. As despesas decorrentes da execução da presente Lei ocorrerão à conta das dotações próprias ao orçamento vigente e suplementadas se necessário.

Art. 7º. O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de 90 (noventa) dias.

Art. 8º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação".

De início, cumpre registrar que o assunto central regulado pela Lei nº 5.280, de 24 de março de 2021, do Município de Suzano, não se insere na iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo e tampouco veicula tema relacionado à Reserva de Administração.

No caso, a edição de norma voltada à proteção dos animais, por si só, não constitui ofensa ao princípio da separação dos poderes por invasão na esfera privativa do Alcaide, descabendo cogitar de violação ao artigo 47 da Constituição Paulista, tampouco versando sobre as matérias expressamente elencadas no artigo 24, § 2º, da mesma Carta, cuja iniciativa legislativa é reservada ao 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 Constituição Estadual) devem ser interpretadas restritivamente, inexistindo óbice à iniciativa parlamentar de projeto de lei que não trata da estrutura administrativa ou da atribuição de órgãos públicos, nem do regime jurídico de servidores, porquanto o constituinte não restringiu o âmbito de sua titularidade, cuidando-se, isto sim, de competência legislativa concorrente.

Contudo, em que pese a autonomia dos Municípios para editar normas locais e se autoadministrar, essa prerrogativa outorgada pela Constituição Federal não é absoluta.

Na verdade, a Constituição Federal consagra regras de distribuição formal de competências legislativas de acordo com princípio da predominância de interesses, ora delimitando um rol de matérias que só podem ser objeto de leis federais (competência legislativa privativa da União – artigo 22 da CF), ora prevendo hipóteses de competências concorrentes, permitindo maior descentralização da atividade normativa (artigos 24 e 30, inciso I, da CF).

No caso, conquanto louvável o intento do legislador em relação ao tema,

Acesso ao Sumário

a Lei nº 5.280, de 24 de março de 2021, do Município de Suzano, violou o pacto federativo ao tratar de matéria relacionada a trânsito e transporte, bem como a direito civil, temas inseridos na competência legislativa privativa da União, nos termos do artigo 22, inciso XI, da Carta da República:

> "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
> I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;
> (...)
> XI – trânsito e transporte" (grifo nosso).

Ainda que o constituinte federal tenha conferido aos Municípios a possibilidade de "legislar sobre assuntos de interesse local" e "suplementar a legislação federal e a estadual no que couber" (artigo 30, incisos I e II, da Constituição Federal), não há espaço para atividade normativa municipal em matéria privativa da União.

Na lição de Fernanda Dias Menezes de Almeida, "o problema nuclear da repartição de competências na Federação reside na partilha da competência legislativa, pois é através dela que se expressa o poder político cerne da autonomia das unidades federativas. De fato, é na capacidade de estabelecer as leis que vão reger as suas próprias atividades, sem subordinação hierárquica e sem a intromissão das demais esferas de poder, que se traduz fundamentalmente a autonomia de cada uma dessas esferas. Autogovernar-se não significa outra coisa senão ditar-se as próprias regras. (...) Está aí bem nítida a ideia que se quer transmitir: só haverá autonomia onde houver a faculdade legislativa desvinculada da ingerência de outro ente autônomo. Assim, guarda a subordinação apenas ao poder soberano no caso o poder constituinte, manifestado através de sua obra, a Constituição –, cada centro de poder autônomo na Federação deverá necessariamente ser dotado da competência de criar o direito aplicável à respectiva órbita. E porque é a Constituição que faz a partilha, tem-se como consequência lógica que a invasão não importa por qual das entidades federadas do campo da competência legislativa de outra resultará sempre na inconstitucionalidade da lei editada pela autoridade incompetente. Isso tanto no caso de usurpação de competência legislativa privativa, como no caso de inobservância dos limites constitucionais postos à atuação de cada entidade no campo da competência legislativa concorrente" (Competências na Constituição de 1988, 3ª edição, Atlas, pág. 97 – grifos nossos).

Em outras palavras, verifica-se "no art. 22 da Carta Política, um núcleo material em que se concentra a discriminação constitucional de atribuições privativas da União Federal, tornadas inacessíveis, em virtude de cláusula de bloqueio, às demais pessoas estatais, ressalvada, unicamente, a hipótese de autorização excepcional para o Estado-membro legislar sobre pontos específicos concernentes às matérias reservadas, desde que formalizada essa delegação normativa em sede de lei complementar nacional (CF, art. 22, parágrafo único)"

Acesso ao Sumário

(SS nº 1.193/RS, Relator Ministro Celso de Mello – grifo nosso).

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, ensina que "o trânsito e o tráfego são daquelas matérias que admitem a tríplice regulamentação federal, estadual e municipal, conforme a natureza e o âmbito do assunto a prover. A dificuldade está em se fixar, com precisão, os limites da competência das três entidades estatais que concorrem na sua ordenação. Os meios de circulação e transporte interessam a todo o País, e por isso mesmo a Constituição da República reservou para a União a atribuição privativa de legislar sobre trânsito e transporte (art. 22, XI), permitindo que os Estados membros legislem supletivamente a respeito da matéria, nos termos da lei complementar pertinente", ponderando, mais adiante, que "cabe à União legislar sobre os assuntos nacionais de trânsito e transporte, ao Estado-membro compete regular e prover os aspectos regionais e a circulação intermunicipal em seu território, e ao Município cabe a ordenação do trânsito urbano, que é de seu interesse local (CF, art. 30, I e V)" (Direito Municipal Brasileiro, 17ª ed. atualizada por Adilson Abreu Dallari, São Paulo, Malheiros, 2014, p. 461).

E, no caso, a norma objurgada não se limitou a regular a ordenação do trânsito urbano, estabelecendo verdadeira regra geral sobre trânsito e transporte, além de legislar sobre direito civil na parte que trata da responsabilidade dos motoristas de arcar com o pagamento de multa na hipótese de descumprimento do comando normativo.

Ainda que a legislação municipal tenha por finalidade a preservação da saúde e da vida dos animais, o que poderia gerar o argumento de que é legítimo ao Município legislar sobre o meio ambiente (artigo 24, inciso VI, c/c artigo 30, incisos I e II, da Lei Maior), consoante tese definida pelo Pretório Excelso no julgamento do Tema 145 da Repercussão Geral, não pode a norma local tratar de conteúdo inserido no âmbito do direito civil e trânsito, independentemente de sua justificativa apontar para a proteção dos direitos dos animais.

A controvérsia não está, portanto, na maior ou menor importância do assunto específico tratado no diploma normativo vergastado, mas sim na necessidade de observância à competência constitucional do ente federativo para editá-la, cumprindo acrescer que inexiste interesse local ou competência suplementar do Município que autorize o "esvaziamento do comando normativo de quem é competente para regular o assunto" (RE nº 586.224/SP, Relator Ministro Luiz Fux).

A conclusão, portanto, é de que o diploma normativo objurgado violou o pacto federativo, implicando transgressão aos artigos 1º e 144 da Constituição Bandeirante, além do artigo 22, incisos I e XI, da Carta da República, o que conduz ao decreto de procedência desta ação direta.

Destaco, a propósito, precedentes da lavra deste C. Órgão Especial:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal

Acesso ao Sumário

nº 10.402, de 23 de agosto de 2021, do Município de Santo André, de iniciativa parlamentar, que 'torna obrigatória a prestação de socorro a animais atropelados pelo condutor do veículo, no âmbito do Município de Santo André'. Matéria relativa à competência privativa da União, nos termos do art. 22, incisos I e XI, da Constituição. Usurpação da competência da União para legislar sobre matéria relativa a trânsito e direito civil. Inconstitucionalidade manifesta da lei impugnada. Precedentes deste Órgão Especial. Ação procedente" (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2050512-84.2022.8.26.0000; Rel. Des. Aroldo Viotti; j. 09/11/2022).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 6.192/2021, QUE DISPÕE SOBRE A OBRIGATORIEDADE DE PRESTAÇÃO DE SOCORRO AOS ANIMAIS ATROPELADOS NO ÂMBITO MUNICIPAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS – INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE INICIATIVA E DE RESERVA DA ADMINISTRAÇÃO – INVASÃO, TODAVIA, DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TRÂNSITO E DIREITO CIVIL – ARTIGO 22, INCISO I E XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C.C. ARTIGO 144 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – AÇÃO PROCEDENTE" (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2010724-63.2022.8.26.0000; Rel. Des. Matheus Fontes; j. 06/07/2022).

Outrossim, como bem ressaltou o i. Subprocurador-Geral de Justiça, "a delegação a decreto para a fixação de valor da multa e o processo administrativo (parágrafo único do art. 5º), afronta a reserva de lei e viola o princípio da legalidade (art. 111 da Constituição Estadual). Trata-se de uma delegação inadmissível para que o Poder Executivo especifique seus pressupostos por meio do decreto. Por isso, contraria o princípio da reserva absoluta de lei que deve reger a fixação do valor da multa e o processo administrativo". E mais. "O ato normativo em debate, ao estabelecer que 'o Poder Executivo regulamentará esta lei no prazo de 90 dias" (art. 7º). Isso, todavia, configura usurpação da atribuição do Chefe do Poder Executivo de verificar, em consonância com a conveniência e oportunidade, o momento mais adequado para a edição do ato normativo secundário (ou de segundo grau ou infralegal ou regulamentador)" (fl. 62).

De resto, deixo de conhecer do pleito de inconstitucionalidade, por arrastamento, de atos infralegais e administrativos eventualmente decorrentes da norma impugnada, pois o requerente formulou pedido genérico, inexistindo nos autos quaisquer elementos que apontem concretamente para a sua existência.

Por fim, por razões de segurança jurídica e interesse público, e considerando que a norma atacada encontra-se em vigor há mais de três anos, impõe-se a modulação dos efeitos desta decisão, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, na medida em que a eficácia *ex tunc* poderia acarretar reflexos negativos para a Administração local, já que eventual anulação das multas cobradas possibilitaria inúmeros pedidos de repetição de indébito, com evidente prejuízo ao erário (Nesse sentido: ADI n.º 2209451-70.2019.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues; ADI 2258235-83.2016.8.26.0000, Rel. Des. Álvaro

Acesso ao Sumário

Passos).

Pelo exposto, por esses fundamentos, julgo procedente a presente ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 5.280, de 24 de março de 2021, do Município de Suzano, com efeitos *ex nunc*, comunicando-se oportunamente à Câmara Municipal, nos termos do artigo 25 da Lei nº 9.868/99.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2095197-11.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITATIBA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE, COM MODULAÇÃO E RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 55.537)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, AFONSO FARO JR., JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, GOMES VARJÃO, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 14 de agosto de 2024.

MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – § 4º DO ARTIGO 10 DA RESOLUÇÃO Nº 20, DE 13 DE NOVEMBRO DE 2023, DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITATIBA – RESERVA DE PERCENTUAL MÍNIMO DE 10% DOS CARGOS EM COMISSÃO AOS SERVIDORES EFETIVOS – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NÃO CONFIGURADA, NAS CIRCUNSTÂNCIAS – EXPRESSÕES "SECRETÁRIO JURÍDICO", "SECRETÁRIO ADJUNTO LEGISLATIVO", "SECRETÁRIO ADJUNTO ADMINISTRATIVO", "DIRETOR DE DEPAR-

Acesso ao Sumário

TAMENTO", "DIRETOR ADMINISTRATIVO", "DIRETOR LEGISLATIVO", "DIRETOR FINANCEIRO E DE RECURSOS HUMANOS" E "CHEFE DE SUPRIMENTOS" CONSTANTES DOS ANEXOS I E II DA RESOLUÇÃO Nº 20, DE 13 DE NOVEMBRO DE 2023, DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITATIBA – ATRIBUIÇÕES BUROCRÁTICAS, TÉCNICAS, OPERACIONAIS E ATÉ MESMO PROFISSIONAIS, PARA CUJA EXECUÇÃO NÃO SE EXIGE VÍNCULO DE CONFIANÇA ENTRE NOMEANTE E NOMEADO, DEVENDO SER DESEMPENHADAS POR SERVIDORES PÚBLICOS PREVIAMENTE APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS OU DE PROVAS E TÍTULOS – INFRINGÊNCIA DOS ARTIGOS 111 E 115, INCISOS II E V, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, APLICÁVEIS AOS MUNICÍPIOS POR FORÇA DO DISPOSTO NO ARTIGO 144 DA MESMA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – VIOLAÇÃO DAS TESES FIXADAS PELO STF NO TEMA 1010 DE REPERCUSSÃO GERAL DAQUELA SUPREMA CORTE – PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL – AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE, COM MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO RESULTADO PARA 120 DIAS CONTADOS A PARTIR DE 1º DE JANEIRO DE 2025, EXCEPCIONALMENTE, POR SE TRATAR DE ANO DE ELEIÇÕES MUNICIPAIS, E RESSALVADA A IRREPETIBILIDADE DOS VALORES PERCEBIDOS DE BOA-FÉ ATÉ O TÉRMINO DO PRAZO DE MODULAÇÃO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça em face do § 4º do artigo 10 e das expressões "Secretário Jurídico", "Secretário Adjunto Legislativo", "Secretário Adjunto Administrativo", "Diretor de Departamento", "Diretor Administrativo", "Diretor Legislativo", "Diretor Financeiro e de Recursos Humanos" e "Chefe de Suprimentos" constantes dos Anexos I e II da Resolução nº 20, de 13 de novembro de 2023, da Câmara Municipal de Itatiba, a qual dispõe sobre o quadro dos cargos em comissão daquela Câmara Municipal, dando outras providências.

Sustenta o autor que o § 4º do artigo 10 da Resolução nº 20/2023 da Câ-

mara Municipal de Itatiba, ao reservar no mínimo 10% dos cargos em comissão aos titulares de empregos públicos efetivos na Câmara Municipal, destinou percentual muito pequeno dos cargos em comissão aos servidores efetivos e, assim, acabou por violar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e moralidade previstos no artigo 111 da Constituição Estadual, bem como o disposto no artigo 115, inciso V, da mesma Constituição Estadual.

Afirma que aos cargos em comissão de "Secretário Jurídico", "Secretário Adjunto Legislativo", "Secretário Adjunto Administrativo", "Diretor de Departamento", "Diretor Administrativo", "Diretor Legislativo", "Diretor Financeiro e de Recursos Humanos" e "Chefe de Suprimentos", constantes dos Anexos I e II da Resolução nº 20/2023 da Câmara Municipal de Itatiba, não foram conferidas atribuições de assessoramento, chefia ou direção, mas, sim, atribuições genéricas, para cuja execução não se exige vínculo de confiança entre o nomeante e nomeado, pelo que tais cargos devem ser exercidos por servidores públicos previamente aprovados em concurso público de provas ou de provas e títulos. Assim, as expressões "Secretário Jurídico", "Secretário Adjunto Legislativo", "Secretário Adjunto Administrativo", "Diretor de Departamento", "Diretor Administrativo", "Diretor Legislativo", "Diretor Financeiro e de Recursos Humanos" e "Chefe de Suprimentos", constantes dos Anexos I e II da Resolução nº 20/2023 da Câmara Municipal de Itatiba, são incompatíveis com os artigos 111 e 115, incisos II e V, da Constituição Estadual, bem como com a tese fixada pelo STF, para fins de repercussão geral, no Tema 1010 daquela Suprema Corte.

Postula procedência da ação para que, quanto ao § 4º do artigo 10 da Resolução nº 20/2023 da Câmara Municipal de Itatiba, se declare sua inconstitucionalidade por omissão parcial, fixando-se prazo de 180 dias para a Câmara Municipal de Itatiba destinar um percentual maior de seus cargos em comissão aos seus servidores efetivos e, em caso de inércia, reservando-se metade daqueles cargos a estes servidores; e, quanto às expressões "Secretário Jurídico", "Secretário Adjunto Legislativo", "Secretário Adjunto Administrativo", "Diretor de Departamento", "Diretor Administrativo", "Diretor Legislativo", "Diretor Financeiro e de Recursos Humanos" e "Chefe de Suprimentos" constantes dos Anexos I e II da Resolução nº 20/2023 da Câmara Municipal de Itatiba, seja declarada sua inconstitucionalidade.

A Procuradoria-Geral do Estado defendeu a constitucionalidade do § 4º do artigo 10 da Resolução nº 20/2023 da Câmara Municipal de Itatiba (fls. 123/130).

O Presidente da Câmara Municipal de Itatiba prestou informações (fls. 132/151).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 338/350).

É o Relatório.

Acesso ao Sumário

Celebração de termo de ajustamento de conduta entre a Câmara Municipal de Itatiba e o Ministério Público de São Paulo para regularização dos cargos em comissão daquela Câmara Municipal não prejudica o reconhecimento de eventual inconstitucionalidade da lei ou ato normativo que disponha sobre referidos cargos, conforme precedentes do Órgão Especial: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0198752-64.2013.8.26.0000, Relator Desembargador Péricles Piza, julgada em 28 de maio de 2014; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2078921-41.2020.8.26.0000, Relator Desembargador Carlos Bueno, julgada em 25 de novembro de 2020.

Transcrevo a seguir o disposto no § 4º do artigo 10 e, no que interessa para solução do caso, o disposto nos Anexos I e II, todos da Resolução nº 20, de 13 de novembro de 2023, da Câmara Municipal de Itatiba, a qual dispõe sobre o quadro dos cargos em comissão daquela Câmara Municipal:

"Artigo 10. Compõem a estrutura de cargos públicos de provimento em comissão, de livre nomeação e exoneração, da Câmara Municipal, aqueles definidos no Anexo I, desta Resolução.

(...)

§ 4º. No mínimo 10% (dez por cento) dos cargos de provimento em comissão previstos no Anexo I desta Resolução deverão obrigatoriamente ser preenchidos por titulares de emprego público efetivo do quadro de pessoal da Câmara Municipal.

a) quando o percentual indicado neste parágrafo, aplicado em relação ao quantitativo de titulares de emprego público efetivo, representar números racionais não inteiros, expressos por vírgulas e casas decimais, para efeito de arredondamento em número inteiro, acrescenta-se uma unidade ao algarismo à esquerda da vírgula quando o resultado for maior ou igual a 5 (cinco) e quando o resultado for menor do que 5 (cinco), retiram-se as casas decimais";

ANEXO I

CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO

NOMENCLATURA CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO	QUANTIDADE	VENCIMENTO
SECRETÁRIO GERAL	1	fixado em lei
SECRETÁRIO JURÍDICO	1	fixado em lei
SECRETÁRIO ADJUNTO LEGISLATIVO	1	fixado em lei

Acesso ao Sumário

SECRETÁRIO ADJUNTO ADMINISTRATIVO	1	fixado em lei
DIRETOR DE DEPARTAMENTO	3	fixado em lei
CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA	1	fixado em lei
CHEFE DE GABINETE DE VEREADOR	17	fixado em lei
CHEFE DE SUPRIMENTOS	1	fixado em lei
ASSESSOR ESPECIAL DA PRESIDÊNCIA	1	fixado em lei
ASSESSOR PARLAMENTAR	17	fixado em lei

ANEXO II

ATRIBUIÇÕES E REQUISITOS DE INVESTIDURA

Acesso ao Sumário

SECRETÁRIO ADJUNTO LEGISLATIVO

DESCRIÇÃO SUMÁRIA: Desenvolver assessoria política nos projetos, estudos e proposições para alinhar a gestão administrativa afetos à Secretaria Geral aos componentes políticos da Governança do Poder Legislativo e funcionar como facilitador da relação entre os Departamentos, para atingimento das metas da Gestão, dependentes e conexas às competências de cada área, consoante definida na Resolução da Estrutura Administrativa.

DESCRIÇÃO DETALHADA: Subordinado diretamente ao Secretário Geral, exerce função de direção, e compõe, juntamente com o Secretário Adjunto Administrativo, a direção superior dos serviços da Câmara Municipal de Itatiba. É o responsável pela implantação do programa administrativo definido pela Mesa Diretora e pela Presidência para a organização dos serviços de apoio ao processo legislativo e demais serviços e atividades anexas, que a legislação vigente subordina à Secretaria Adjunta Legislativa. Responsável pela definição das prioridades de curto, médio e longo prazo do respectivo programa administrativo. Responsável pela definição dos meios, através dos quais, se buscará atingir os fins definidos pelo programa administrativo. Define os parâmetros de organização e execução dos serviços de atribuição da Secretaria Adjunta Legislativa referentes ao processo legislativo. É o responsável pela distribuição e fiscalização das matérias referentes ao apoio para o processo legislativo e atividades conexas, vinculadas à Secretaria Adjunta Legislativa, no âmbito do Núcleo Legislativo e Núcleo de Comunicação. Informa a Presidência e à Mesa Diretora sobre a existência e andamento de todas as questões afetas ao processo legislativo e matérias anexas que digam respeito ao Poder Legislativo municipal. Promove medidas visando à publicidade, atualização, catalogação e consolidação da legislação municipal.

REQUISITOS: Ensino Superior Completo em um dos seguintes cursos: Direito, Administração, Administração Pública, Gestão Pública, Ciência Política. Tempo mínimo de 4 anos de conclusão do curso até a data da nomeação.

Acesso ao Sumário

SECRETÁRIO ADJUNTO ADMINISTRATIVO

DESCRIÇÃO SUMÁRIA: Desenvolver assessoria política nos projetos, estudos e proposições para alinhar a gestão administrativa afetos à Secretaria aos componentes políticos da Governança do Poder Legislativo e funcionar como facilitador da relação entre os Departamentos, para atingimento das metas da Gestão, dependentes e conexas às competências de cada área, consoante definida na Resolução da Estrutura Administrativa.

DESCRIÇÃO DETALHADA: Subordinado diretamente ao Secretário Geral, exerce função de direção e supervisão, e compõe juntamente com o Secretário Adjunto Legislativo, a direção superior dos serviços da Câmara Municipal de Itatiba. É o responsável pela implantação do programa administrativo definido pela Mesa Diretora e pela Presidência para a organização administrativa e de pessoal, contabilidade, bem como a execução orçamentária da Casa Legislativa. Pela definição das prioridades de curto, médio e longo prazo do respectivo programa administrativo. Pela definição dos meios, através dos quais, se buscará atingir os fins definidos pelo programa administrativo. Define os parâmetros de organização e execução dos serviços de atribuição dos departamentos de Administração e Gestão Pública e Departamento de Orçamento, Finanças, Contabilidade e Recursos Humanos e seus respectivos Núcleos. É o responsável pela distribuição e fiscalização das matérias referentes aos Núcleos de Administração, Suprimentos, Tecnologia da Informação e Inovação e Gestão de Pessoas, contabilidade e execução orçamentária, sempre em suporte ao Secretário Geral. Informa a Presidência e à Mesa Diretora sobre a existência e andamento de todas as questões de natureza administrativa, contábil, e de execução orçamentária que digam respeito ao Poder Legislativo municipal.
REQUISITOS: Ensino Superior Completo em um dos seguintes cursos: Direito, Administração, Administração Pública, Gestão Pública, Economia, Comércio Exterior, Recursos Humanos, Logística e Processos Gerenciais. Tempo mínimo de 4 (quatro) anos de conclusão do curso até a data da nomeação.

Acesso ao Sumário

SECRETÁRIO JURÍDICO

DESCRIÇÃO SUMÁRIA: Chefiar, dirigir, planejar, orientar e coordenar todos os trabalhos da Secretaria Jurídica. Através de nomeação prévia, assumir as responsabilidades do Secretário Geral em sua ausência.

DESCRIÇÃO DETALHADA: desenvolver atividades de condução política especializadas compatíveis à temática da Secretaria Jurídica, inclusive através de orientação, coordenação e supervisão das competências legais correspondentes à área jurídica, realizando a política de gestão pública em consonância com as diretrizes de governança da autoridade nomeante; receber, pessoalmente, as citações iniciais, notificações e intimações referentes a quaisquer ações ou procedimentos judiciais que envolvam o Poder Legislativo ou naqueles em que este seja parte interessada e também ser cientificado quanto a demandas que possam afetar o mandato da autoridade nomeante ou impor-lhe responsabilizações; realizar a gestão político-administrativa da Secretaria Jurídica, superintendendo e coordenando suas atividades, nas suas especialidades; orientar e supervisionar as atividades da Secretaria Jurídica, inclusive em contraponto a manifestações de seus membros, respeitando a autonomia técnica e profissional; imprimir nos atos de gestão procedimentos voltados aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS e metas para atingir o proposto pela agenda 2030 da Organização das Nações Unidas – ONU; coordenar, gerenciar e exercer a chefia do sistema informatizado dos processos, inclusive com foco na eficiência e resolução de cobranças que afetam a análise das contas da autoridade nomeante; planejar o desenvolvimento institucional e a atuação funcional da Secretaria Jurídica, definir objetivos estratégicos, diretrizes e programas de metas, bem como providenciar os meios e os recursos necessários à sua consecução; superintender, orientar e coordenar as atividades da Secretaria Jurídica, atuando em colaboração com os demais órgãos; encarregar-se do relacionamento institucional da Secretaria Jurídica perante os demais órgãos da Câmara Municipal; representar a Secretaria Jurídica na celebração de convênios, participar da celebração de termos de cooperação com órgãos da Advocacia Pública dos demais entes federativos, para a cooperação mútua; responsabilizar-se pelo cumprimento das competências legais da Secretaria Jurídica, observando no que couber as marcas da gestão política da governança; observar o organograma da estrutura administrativa hierárquica da Câmara Municipal, conforme definida em norma municipal específica; pronunciar-se sobre a expedição de instruções para o atendimento de lei, decreto, resolução e regulamento vinculados aos programas da política de gestão da autoridade nomeante; coordenar, produzir e organizar a produção, no âmbito consolidado e concentrado da Câmara, de conteúdo voltado às justificativas e defesas de apontamentos e denúncias contra a autoridade nomeante, considerando a legalidade e a preservação dos interesses democráticos de preservação da elegibilidade da referida autoridade titular de mandato.

REQUISITOS: Curso Superior Completo em Direito e Registro na Ordem dos Advogados do Brasil, com, no mínimo, 4 (quatro) anos de atividade jurídica.

Acesso ao Sumário

DIRETOR DE DEPARTAMENTO

DESCRIÇÃO SUMÁRIA: Desempenhar atividades político-administrativas, com poder de decisão e ordenação, em todos os níveis do órgão, observando o planejamento das atividades políticas de governança diretamente subordinadas ou vinculadas à competência legal do Departamento, consoante definida na Resolução da Estrutura Administrativa, em sintonia com as estratégias e plano político do titular de mandato de Presidente da Câmara, referente ao Departamento Legislativo, Departamento de Administração e Gestão de Pessoas e Departamento de Orçamento, Finanças, Contabilidade e Recursos Humanos.

DIRETOR ADMINISTRATIVO:

DESCRIÇÃO DETALHADA: administrar, gerir e zelar por todos os assuntos diretamente ligados ao funcionamento da Câmara e o bom desempenho de seus órgãos, bem como pela infraestrutura das instalações físicas; examinar processos administrativos relacionados aos assuntos gerais da Câmara, tomando as providências necessárias a resguardar os interesses da Presidência da Câmara; supervisionar a redação de documentos e atos administrativos e ordens de serviços; organizar e orientar a elaboração de arquivos de documentos administrativos; requisitar a aquisição de livros e periódicos para a biblioteca; requisitar a compra de materiais de consumo, equipamentos, instalações, limpeza e manutenção; executar outras tarefas concernentes ao seu cargo e responsabilidade, determinadas pelo Diretor Geral ou pelo Presidente; coordenar e controlar toda a aquisição e almoxarifado do material permanente e de consumo da Câmara Municipal; coordenar e supervisionar a elaboração dos editais de licitação, convênios e contratos para aquisição de material e prestação de serviços, nas modalidades respectivas, submetendo-os à Presidência da Câmara; coordenar, anualmente, a realização de inventário dos bens patrimoniais; acompanhar as solicitações de retirada de processos e/ou documentos do arquivo, mediante requisição das unidades interessadas, controlando sua saída e devolução; supervisionar, propor e auxiliar a realização de programas de capacitação de servidores de acordo com as necessidades de treinamento nas repartições da Câmara Municipal; supervisionar e avaliar, em apoio ao Controle Interno, o desenvolvimento de mecanismos para controle da gestão orçamentária, financeira, contábil, administrativa, operacional e patrimonial dos órgãos da Câmara Municipal; coordenar a atuação e a escala de serviço dos Agentes de Segurança e Guarda Patrimonial; exercer outras atividades correlatas.

Acesso ao Sumário

DIRETOR LEGISLATIVO

DESCRIÇÃO DETALHADA: proceder ao exame, sob o aspecto técnico-legislativo, de todas as proposições em tramitação; supervisionar os trabalhos de natureza técnica-legislativa e documental de suporte ao processo legislativo; coordenar o fluxo de tramitação regimental do processo legislativo, os prazos regimentais e executar as tarefas relativas ao expediente e preparação da ordem do dia das reuniões Plenárias; prestar assessoramento de natureza técnica -legislativa à Mesa Diretora na condução e direção dos trabalhos legislativos, coordenar as atividades de Plenário e a preparação das reuniões ordinárias, extraordinárias, solenes, secretas, itinerantes, de instalação da Legislatura e de eleição, bem como as audiências públicas; coordenar, planejar, executar, controlar e orientar as atividades de apoio e de assessoramento técnico-legislativo dos trabalhos das comissões permanentes, temporárias, especiais e de inquérito; supervisionar a elaboração de requerimentos, indicações e moções e das atas das reuniões plenárias, das audiências públicas e das comissões; supervisionar as atividades de protocolo da Câmara Municipal.

Acesso ao Sumário

DIRETOR FINANCEIRO E DE RECURSOS HUMANOS

DESCRIÇÃO DETALHADA: supervisionar as requisições e o controle de recebimento dos duodécimos, créditos adicionais e transferências de dotações efetuados pela Prefeitura; verificar se o empenho prévio das despesas e reservas de dotações orçamentárias atendem à legislação pertinente; supervisionar, acompanhar e analisar a execução do PPA, LDO e LOA, bem como coordenar a elaboração de tais peças contábeis em época própria; elaborar o Plano de Contratações Anual da Câmara Municipal; acompanhar e supervisionar os relatórios mensais de pagamentos efetuados, após prévia autorização, verificando a emissão dos cheques a serem assinados pelo Diretor Geral em conjunto com o Presidente; preparar as retiradas bancárias diárias, quando necessário; deter a guarda e movimentação de valores e títulos para fins de consignação, caução ou fiança; analisar, conferir e assinar juntamente com o Contador, balancetes, balanços e demonstrativos de contas, notas de empenho e reservas orçamentárias, observando sua correta classificação e lançamento, verificando a documentação pertinente para atender às exigências legais e formais de controle; gerenciar todas as tarefas da área de tesouraria, fluxo de receitas e pagamentos de despesas, controle de créditos, débitos e saldos de contas bancárias, aplicações financeiras obrigatórias, identificação de dados para a reconciliação bancária; verificar diariamente o boletim do movimento geral de Tesouraria; assinar em conjunto com o Diretor Geral ou com o Presidente da Câmara, os cheques necessários aos pagamentos, na ausência de qualquer deles, mas nunca isoladamente; supervisionar as atividades de recrutamento e seleção de pessoal, de acordo com as deliberações da Presidência; gerenciar e revisar os atos de nomeação, exoneração e demissão de servidores; encaminhar, para publicação, o resultado dos concursos públicos; coordenar, juntamente com a Diretoria Administrativa e Diretoria Geral da Câmara, as atividades relativas à execução de programas de capacitação de servidores, levantando, anualmente, as necessidades de treinamento nas repartições da Câmara Municipal; gerenciar o controle de frequência do pessoal, para efeito de pagamento e tempo de serviço; comunicar ao Diretor Geral irregularidades que se relacionem com a administração de pessoal da Câmara Municipal; supervisionar a elaboração das folhas de pagamento dos funcionários ativos e inativos e dos agentes políticos; – supervisionar a prestação de contas anual ao Tribunal de Contas do Estado; acompanhar o controle de adiantamentos para despesas miúdas e de pequeno porte e suas respectivas prestações de contas; supervisionar, em apoio ao Controle Interno, o desenvolvimento de mecanismos para controle de gestão orçamentária, financeira e contábil da Câmara Municipal; exercer outras atribuições afins.

REQUISITOS: Ensino Superior Completo. Obrigatoriamente ser servidor público titular de emprego público efetivo dos quadros da Câmara de Itatiba.

Acesso ao Sumário

CHEFE DE SUPRIMENTOS

DESCRIÇÃO SUMÁRIA: Acompanha e conduz "in loco" e cotidianamente a execução dos trabalhos realizados pelos servidores efetivos dentro do núcleo. Garante que as determinações e orientações delegadas pela autoridade superior sejam implementadas e executadas. Promove a distribuição dos serviços entre os servidores do núcleo. Relata ao superior hierárquico a evolução dos trabalhos, cumprimento das metas estabelecidas e reporta problemas na execução dos trabalhos. E outras atividades correlatas ao exercício da função de chefe de suprimentos.

DESCRIÇÃO DETALHADA: responsável pela gestão dos processos de contratação de serviços e/ou bens atinentes a Câmara Municipal, mediante requisição formal dos órgãos competentes, devidamente instruída no mínimo com o objeto e a justificativa; coordena o apoio às áreas de planejamento quanto às informações técnicas e formais necessárias a instauração e desenvolvimento eficiente dos processos de contratação de serviços e/ou bens relativos à Câmara Municipal; responsável pelas orientações quanto à gestão de contratos e à fiscalização e certificação relativa à prestação dos serviços e/ou entrega de bens relativos às suas atividades; controle da formalização contratual; coordena e supervisiona as atividades de aquisições de materiais de consumo e permanente, contratações para prestação de serviços; coordena os trabalhos relacionados à pesquisa de preço, cadastro de fornecedores, e processos licitatórios; controla o encaminhamento dos produtos e materiais adquiridos ao almoxarifado da Câmara Municipal, supervisionando a aplicação da legislação vigente; coordena e supervisiona as compras, prestação de serviços e procedimentos licitatórios; planeja a política de recursos materiais; coordena e supervisiona as licitações para compra de materiais e contratação de serviços necessários às atividades da Câmara Municipal; supervisiona as atividades relativas à padronização e aquisição do material utilizado na Câmara Municipal; controla a relação de empresas proibidas de contratar com a Administração Pública; responsável pela constante atualização dos procedimentos voltados às boas práticas em matéria de licitação e contratos; coordena para que seja mantido o estabelecimento de estoques mínimos de segurança dos materiais utilizados na Câmara Municipal; alimenta todos os sistemas obrigatórios com informações atinentes às atividades sobre sua competência, como dados dos contratos firmados, exceto quanto à execução contratual, com disponibilização, em sítio apropriado, dos contratos, editais de licitação e resultados, entre outros; controla o consumo de material por espécie e por departamento, para previsão e controle dos custos; programa e coordena a execução das atividades de recebimento, conferência, armazenamento, inventário, distribuição e controle dos materiais utilizados na Câmara Municipal.

REQUISITOS: Ensino Superior Completo. Obrigatoriamente ser servidor público titular de emprego público efetivo dos quadros da Câmara de Itatiba.

Pela leitura do Anexo II da Resolução nº 20/2023 da Câmara Municipal de Itatiba é possível verificar que aos cargos em comissão de "Secretário Juri-

Acesso ao Sumário

dico", "Secretário Adjunto Legislativo", "Secretário Adjunto Administrativo", "Diretor de Departamento", "Diretor Administrativo", "Diretor Legislativo", "Diretor Financeiro e de Recursos Humanos" e "Chefe de Suprimentos" são conferidas atribuições burocráticas, técnicas, operacionais e até mesmo profissionais, para cuja execução não se exige vínculo de confiança entre o nomeante e o nomeado, devendo, por isso, ser desempenhadas por servidores públicos previamente aprovados em concurso público de provas ou de provas e títulos, nos termos do artigo 115, inciso II, da Constituição Estadual.

Ao caso se aplicam as teses fixadas pelo Supremo Tribunal Federal para fins de repercussão geral no Tema 1010 daquela Suprema Corte, segundo as quais:

"a) a criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado".

Outrossim, vastos são os precedentes do Órgão Especial reconhecendo a inconstitucionalidade de leis que dispõem sobre criação de cargos em comissão e funções de confiança com atribuições meramente operacionais, burocráticas e técnicas, por afronta aos artigos 111 e 115, incisos II e V, da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força do disposto no artigo 144 da mesma Constituição Estadual, bem como por afronta ao Tema 1010 do STF: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2205329-43.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, Relator Desembargador James Siano, julgada em 23.02.2022; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2120721-49.2020.8.26.0000, Relator Desembargador James Siano, julgada em 24.11.2021; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2304576-31.2020.8.26.0000, Relator Desembargador James Siano, julgada em 01.09.2021; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2195042-55.2020.8.26.0000, Relator Desembargador Márcio Bartoli, julgada em 30.06.2021; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2236720-50.2020.8.26.0000, Relator Desembargador Alex Zilenovski, julgada em 14.07.2021; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2085362-38.2020.8.26.0000, Relator Desembargador Xavier de Aquino, julgada em 02.06.2021; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2043983-20.2020.8.26.0000, Relator Desembargador Xavier de Aquino, julgada em 02.12.2020; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2043055-40.2018.8.26.0000, Relator Desembargador Péricles Piza, julgada em 10.04.2019; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2243127-43.2018.8.26.0000, Relator Desembargador João Carlos Saletti, julgada em 14.08.2019; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2010809-49.2022.8.26.0000, Relator Desembargador James Siano, julgada em 28.09.2022.

Assim, as expressões "Secretário Jurídico", "Secretário Adjunto Legisla-

Acesso ao Sumário

tivo", "Secretário Adjunto Administrativo", "Diretor de Departamento", "Diretor Administrativo", "Diretor Legislativo", "Diretor Financeiro e de Recursos Humanos" e "Chefe de Suprimentos", constantes dos Anexos I e II da Resolução nº 20/2023 da Câmara Municipal de Itatiba, são incompatíveis com os artigos 111, 115, incisos II e V, e 144 da Constituição Estadual e com as teses fixadas pelo STF no Tema 1010 de repercussão geral daquela Suprema Corte.

Quanto ao disposto no § 4º do artigo 10 da Resolução nº 20/2023 da Câmara Municipal de Itatiba, o Órgão Especial vem decidindo que, na falta de parâmetro objetivo nas Constituições Federal e Estadual que permita aferir se o percentual mínimo dos cargos em comissão que deva ser reservado aos servidores de carreira ofende ou não os princípios constitucionais da razoabilidade ou proporcionalidade, devem ser levados em conta para esse fim alguns critérios como, por exemplo, o número de cargos em comissão e de cargos efetivos do órgão público a que pertencem, a correlação equilibrada entre eles, o porte do Município, sua estrutura administrativa e as exigências dos serviços públicos por ele prestados (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2127679-51.2020.8.26.0000, Relatora Desembargadora Cristina Zucchi, julgada em 6 de abril de 2022; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2171360-13.2016.8.26.0000, Relator Desembargador Ferreira Rodrigues, julgada em 5 de julho de 2017; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2279504-42.2020.8.26.0000, Relator Desembargador Carlos Bueno, julgada em 14 de julho de 2021; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2282014-28.2020.8.26.0000, Relator Designado Desembargador Ferreira Rodrigues, julgada em 1 de setembro de 2021).

E o Supremo Tribunal Federal já decidiu que, "Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local" (RE 365.368 AgR/SC, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 29.06.2007).

No caso, levando-se em consideração que o número de cargos em comissão na Câmara Municipal de Itatiba é inferior ao número de cargos efetivos ali existentes (Anexos I e II da Resolução nº 20/2023 da Câmara Municipal de Itatiba a fls. 65/83 destes autos; Anexos II e III da Lei nº 5.494/2022 do Município de Itatiba, a qual institui o plano de cargos e carreiras dos servidores efetivos do Poder Legislativo daquele Município), bem como o porte médio do Município de Itatiba, conforme informações colhidas no portal eletrônico do IBGE (https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/itatiba/panorama); sua estrutura administrativa e os serviços demandados da Câmara de Vereadores local, verifico que o percentual mínimo de 10% dos cargos em comissão a ser reservado aos servidores de carreira não viola os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Assim sendo, julgo procedente em parte a ação apenas para declarar a

Acesso ao Sumário

inconstitucionalidade das expressões "Secretário Jurídico", "Secretário Adjunto Legislativo", "Secretário Adjunto Administrativo", "Diretor de Departamento", "Diretor Administrativo", "Diretor Legislativo", "Diretor Financeiro e de Recursos Humanos" e "Chefe de Suprimentos" constantes dos Anexos I e II da Resolução nº 20, de 13 de novembro de 2023, da Câmara Municipal de Itatiba.

Por fim, em atenção aos princípios da segurança jurídica e da supremacia do interesse público, é razoável modular os efeitos do resultado estabelecido, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, fixando-os em 120 dias contados a partir de 1º de janeiro de 2025, excepcionalmente, por se tratar de ano de eleições municipais, conforme entendimento firmado pelo Órgão Especial (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2293740-91.2023.8.26.0000, Relator Desembargador Carlos Monnerat, julgada em 24 de abril de 2024; Embargos de Declaração Cível nº 2095404-44.2023.8.26.0000/50000, Relator Desembargador Costabile e Solimene, julgados em 24 de abril de 2024; Embargos de Declaração Cível nº 2122300-27.2023.8.26.0000/50000, Relator Desembargador Tasso Duarte de Mello, julgados em 24 de abril de 2024; Embargos de Declaração Cível nº 2287629-91.2023.8.26.0000/50000, Relatora Desembargadora Silvia Rocha, julgados em 24 de abril de 2024), ressalvando-se a irrepetibilidade dos valores percebidos de boa-fé até o término do prazo de modulação.

Ante o exposto, julgo procedente em parte a ação apenas para declarar a inconstitucionalidade das expressões "Secretário Jurídico", "Secretário Adjunto Legislativo", "Secretário Adjunto Administrativo", "Diretor de Departamento", "Diretor Administrativo", "Diretor Legislativo", "Diretor Financeiro e de Recursos Humanos" e "Chefe de Suprimentos" constantes dos Anexos I e II da Resolução nº 20, de 13 de novembro de 2023, da Câmara Municipal de Itatiba, com modulação e ressalva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2123221-49.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "INDEFERIRAM O PEDIDO DE INGRESSO DO SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS E AUTÁRQUICOS DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO E REGIÃO COMO 'AMICUS CURIAE' E JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.224)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FER-

Acesso ao Sumário

NANDO TORRES GARCIA (Presidente), RENATO RANGEL DESINANO, AFONSO FARO JR., JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, GOMES VARJÃO, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA e NUEVO CAMPOS.

São Paulo, 14 de agosto de 2024.

CARLOS MONNERAT, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS. *AMICUS CURIAE*. Pedido de ingresso feito pelo Sindicato dos Servidores Públicos Municipais e Autárquicos de São José do Rio Preto e Região. Inadmissibilidade. A participação do *amicus curiae* tem como objetivo auxiliar o juízo na tomada de decisões, em ações de grande repercussão e complexidade. Artigo 138, *caput*, do Código de Processo Civil. Requisitos não preenchidos. Sindicato que pretende atuar na defesa direta de seus representados. Indeferimento. OBJETO. Lei Complementar de iniciativa parlamentar nº 746, de 26 de abril de 2024, do Município de São José do Rio Preto, a qual estabelece critérios relativos à jornada de trabalho de psicólogos vinculados à Administração Pública Direta e Indireta, inclusive daqueles profissionais que já possuem vínculo ativo na data da publicação da lei, sem redução de salário e/ou vencimento. PARÂMETROS DE CONSTITUCIONALIDADE. Artigos 5º, *caput*; 24, § 2º, itens 1 e 4; artigo 47, incisos II, IX e XIV; 111; 144; 174, inciso III; e 176, inciso I, todos da Constituição do Estado de São Paulo. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. Arguição pelo Prefeito Municipal. Constatada violação à separação de poderes e usurpação de competência da Administração Pública. Competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo para legislar sobre remuneração e regime jurídico de servidores públicos. Tema 917 do E. STF. Reajuste indireto de vencimentos, desprovido de critérios objetivos a justificar a medida, em afron-

Acesso ao Sumário

ta à moralidade administrativa e ao interesse público. Ofensa aos artigos 5º, 24, § 2º, itens 1 e 4, 111, 128 e 144, todos da Constituição Bandeirante. Precedentes deste C. Órgão Especial. Inconstitucionalidade configurada, ressalvada a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé.
PEDIDO JULGADO PROCEDENTE, COM OBSERVAÇÃO, CONFIRMADA A LIMINAR CONCEDIDA.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de São José do Rio Preto, tendo por objeto a Lei Complementar Municipal nº 746, de 26 de abril de 2024, de iniciativa parlamentar, cujo conteúdo normativo estabelece critérios relativos à jornada de trabalho de psicólogos vinculados à Administração Pública Direta e Indireta, estabelecendo a carga horária de, no máximo, 30 (trinta) horas semanais, inclusive daqueles profissionais que já possuem vínculo ativo na data da publicação da lei, sem redução de salário e/ou vencimento.

Sustenta, em resumo, o requerente que o ato normativo impugnado, o qual havia sido vetado, é formalmente inconstitucional, por conter vício de iniciativa, na medida em que normatiza direitos de servidores públicos municipais, usurpando competência atribuída ao Chefe do Poder Executivo, além de estabelecer critérios referentes aos vencimentos destes servidores, o que viola a reserva de administração e a separação de poderes. Afirma, outrossim, que a norma impugnada implica em aumento de despesas da Administração Pública, diante da impossibilidade da descontinuidade do serviço público, sem estimativa de impacto econômico-financeiro ou, especificamente, de demonstração da origem das receitas necessárias à implementação das medidas estabelecidas. Indica violação aos artigos 5º, *caput*; 24, § 2º, itens 1 e 4; artigo 47, incisos II, IX e XIV; 111; 144; 174, inciso III; e 176, inciso I, todos da Constituição do Estado de São Paulo, além do Tema 917 do STF, de repercussão geral. Diante disso, requer a concessão de medida liminar, para que seja suspensa a eficácia da lei impugnada até definitivo julgamento da lide, declarando-se, ao final, sua inconstitucionalidade (fls. 01/07).

A liminar foi deferida para suspender, até julgamento final, os efeitos da legislação questionada (fls. 24/27).

O Presidente da Câmara Municipal de São José do Rio Preto limitou-se a explicar o processo legislativo que culminou na edição da norma suscitada (fls. 33/35).

Sobreveio petição do Sindicato dos Servidores Públicos Municipais e Au-

Acesso ao Sumário

tárquicos de São José do Rio Preto e Região, requerendo seu ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae* (fls. 65/68).

Regularmente notificada, a douta Procuradoria-Geral do Estado não se manifestou (fl. 105).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou, primeiramente, pelo não acolhimento do requerimento de participação como *amicus curiae* feito pelo Sindicato dos Servidores Públicos Municipais e Autárquicos de São José do Rio Preto e Região, eis que sua contribuição seria limitada à defesa de interesses próprios de seus representados. No mérito, manifestou-se pela procedência do pedido, aduzindo que a Lei Complementar Municipal impugnada, de autoria da vereança, ao reduzir a carga horária de funcionários municipais, viola a separação de poderes e o Tema 917/STF, por disciplinar aspecto do regime jurídico dos servidores públicos. Outrossim, afirma que a redução da jornada de trabalho, sem consequente redução dos vencimentos, ofende os princípios da moralidade, razoabilidade, finalidade, interesse público e as exigências do serviço (fls. 110/117).

Os autos aportaram em meu gabinete de trabalho em 01/07/2024.

RELATADOS, passo a decidir.

Inicialmente, indefiro o pedido do Sindicato dos Servidores Públicos Municipais e Autárquicos de São José do Rio Preto e Região de ingresso no feito como *amicus curiae*.

Conforme bem estabelecido pelo Ministro Celso de Melo, no julgamento do AgReg na ADI 4.071-5/DF, *"o amicus curiae é um verdadeiro colaborador da Justiça, cuja intervenção se justifica na necessidade de se abrir o diálogo jurídico à sociedade, em razão da existência de questões que ultrapassam os interesses meramente das partes."*

Conquanto a intervenção do *amicus curiae* não importe manifestação totalmente desprovida de interesse no desfecho do processo, sua atuação tem o objetivo de colaborar e enriquecer os debates, possibilitando uma tomada de decisão mais informada por parte do julgador.

Não obstante, a rigor do disposto no artigo 138, *caput*, do Código de Processo Civil, sua participação será autorizada de acordo com *"a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia"*.

In casu, este C. Órgão Especial já se manifestou em incontáveis processos com temática similar, de modo que despicienda a intervenção pretendida.

De mais a mais, nota-se que a pretensão do sindicato, materializada no pedido de ingresso, ao contrário de enobrecer os debates e contribuir com a jurisdição, tem como objetivo *"visar melhorias nas condições de vida e de trabalho de seus representados"*, finalidade prevista no artigo 2º de seu Estatuto Social (fl. 70).

Acesso ao Sumário

Sobre o tema, colaciono precedentes deste C. Órgão Especial:

"AMICUS CURIAE – Ação direta de inconstitucionalidade com base em leis que disciplinam a estrutura organizacional da Secretaria de Finanças do Município de São Bernardo do Campo, questionando-se a ocupação de cargos comissionados na carreira de auditor fiscal por pessoas não concursadas – Pedido de ingresso formulado pela Associação dos Fiscais Tributários do Município de São Bernardo do Campo, pessoa jurídica que atua na representação dos interesses dos seus associados – Nítido interesse no deslinde da demanda que a desqualifica como colaboradora do juízo – Aplicação do preceito do § 2º do artigo 7º da Lei 9.868/99 – Admissão rejeitada. (...) Processo extinto em relação às Leis nºs 1.729/68 e 6.662/18, e na parte remanescente julgada parcialmente procedente a declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto e em interpretação conforme, do inciso XXIX do artigo 76 da Lei Orgânica do Município de São Bernardo do Campo."

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2193439-73.2022.8.26.0000; Relator: Jacob Valente; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 08/02/2023; Data de Registro: 13/02/2023).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Sindicato que pleiteia o ingresso no processo na condição de amicus curiae – Pretensão que desvirtua o objetivo primordial do instituto – Ingresso que só se admite a entidades revestidas de representatividade social, mas pessoalmente desinteressadas do julgamento da ação, e munidas de informações que possam auxiliar a Corte quanto ao exame da arguição de inconstitucionalidade – Precedentes desta Corte e do STF – Intervenção indeferida (...) AÇÃO JULGADA PROCEDENTE, aplicando-se o efeito ex tunc, com irrepetibilidade de valores porventura auferidos ao longo do período antecedente."

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2071539-94.2020.8.26.0000; Relator: Moreira Viegas; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 11/11/2020; Data de Registro: 27/11/2020).

Diante disso, indefiro o requerimento de intervenção do sindicato como *amicus curiae*.

No mérito, o pedido é procedente.

A presente ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de São José do Rio Preto pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal nº 746, de 26 de abril de 2024, de iniciativa parlamentar, a qual estabelece critérios relativos à jornada de trabalho de psicólogos vinculados à Administração Pública Direta e Indireta do Município, fixando a carga horária de, no máximo, 30 (trinta) horas semanais, inclusive daqueles profissionais que já possuem vínculo ativo na data da publicação da lei, sem redução de salário e/ou vencimento, assim redigida:

Acesso ao Sumário

"Lei Complementar nº 746 de 26 de abril de 2024.
Dispõe sobre a jornada de trabalho dos(as) Profissionais da Psicologia, no âmbito da administração municipal.
Art. 1º – A duração de trabalho do (a) Psicólogo (a) na Administração Pública Direta e Indireta terá jornada de no máximo 30 (trinta) horas semanais.
Parágrafo único. Para os fins de aplicação dessa Lei Complementar, compreende-se os (as) profissionais de psicologia em regime estatutário, celetista e contratação temporária.
Art. 2º – Aos profissionais de psicologia com vínculo ativo na data da publicação desta Lei Complementar é garantida a adequação da jornada de trabalho, vedada a redução do salário e/ou vencimento.
Art. 3º – As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias consignas no orçamento vigente, ficando o Poder Executivo autorizado a proceder aos remanejamentos orçamentários, permitidos pela legislação aplicável, que sejam necessários ao cumprimento desta Lei Complementar.
Art. 4º – O Poder Executivo regulamentará esta lei complementar.
Art. 5º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação."

Pois bem.

O artigo 24, § 2º, itens 1 e 4, da Constituição Estadual, aplicado por analogia aos Municípios por força de seu artigo 144, estabelece as competências legislativas privativas do Chefe do Poder Executivo, dentre as quais:

"Artigo 24 – A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.
(...)
*§ 2° – **Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:***
*1 – **criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração;***
(...)
*4 – **servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria."*** (destaquei)

Sobre o assunto, o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento Tema 917, de Repercussão Geral, *leading case* ARE 878.911, de Relatoria do Ministro *Gilmar Mendes*, fixou a seguinte tese jurídica:

"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)."

Implica dizer, há usurpação de competência do Chefe do Poder Executivo

Acesso ao Sumário

na lei de iniciativa parlamentar que trata do regime jurídico de servidores públicos e seus vencimentos.

O caso *sub judice* é recorrente neste C. Órgão Especial.

A legislação impugnada, promulgada pela Câmara de Vereadores do Município de São José do Rio Preto, após veto do Alcaide e sua rejeição, estabelece jornada máxima de 30 horas de trabalho para psicólogos vinculados à Administração Pública Direta e Indireta, inclusive aqueles com vínculo ativo na data da publicação da lei, sem redução de salários e/ou vencimentos.

Com efeito, ao se imiscuir em competência privativa do Prefeito para legislar sobre o regime jurídico de servidores públicos e sua remuneração, a norma de autoria da Câmara Municipal viola o princípio da separação dos poderes.

Confiram-se precedentes deste C. Órgão Especial:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade de autoria do Exmo. Procurador-Geral de Justiça, questionando a constitucionalidade da Lei nº 3.373, de 30 de agosto de 1996. Concessão de vale-transporte para servidores públicos municipais. Normas de iniciativa parlamentar relacionadas ao regime jurídico e remuneração de funcionários públicos. Ofensa ao pacto federativo e vício de iniciativa que restaram bem configurados. Incidência do Tema nº 223 de Repercussão Geral (STF). Afronta aos arts. 5º, 24, § 2º, '4', e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo de 1989. Ressalva apenas quanto à irrepetibilidade dos valores percebidos de boa-fé até a data deste julgamento. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE, COM OBSERVAÇÃO."

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2048169-47.2024.8.26.0000; Relator: Fábio Gouvêa; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 26/06/2024; Data de Registro: 27/06/2024).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OBJETO Lei de iniciativa parlamentar nº 2.210, de 19 de setembro de 2023, do Município de Indiana, que 'dispõe sobre a autorização ao Poder Executivo para realizar o pagamento por repasse do Incentivo Financeiro Anual aos Agentes Comunitários de Saúde e aos Agentes de Combate a Endemias e dá outras providências'. PARÂMETROS DE CONSTITUCIONALIDADE. Artigos 5º, 24, § 2º, 47, incisos II, XIV e XIX, alínea a, e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo; e artigos 61, § 1º, inciso II, alínea e, e 84, inciso VI, alínea a, ambos da Constituição Federal. Impossibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Lei Orgânica do Município. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. Arguição pelo Prefeito Municipal. Constatada violação à separação de poderes e usurpação de competência da Administração Pública. Competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo para legislar sobre remuneração e regime jurídico de servidores públicos. Gratificação genérica, desprovida de critérios objetivos, em afronta à moralidade administrativa e ao interesse público. Ofensa aos artigos 5º e 24, § 2º, 128

Acesso ao Sumário

e 144, todos da Constituição Bandeirante. Precedentes deste C. Órgão Especial. Inconstitucionalidade configurada, ressalvada a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE, COM OBSERVAÇÃO."

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2272798-38.2023.8.26.0000; Relator: Carlos Monnerat; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 06/03/2024; Data de Registro: 10/03/2024).

Não bastasse isso, malgrado a intenção de valorizar os psicólogos vinculados à Administração Pública, a redução da carga horária desacompanhada da diminuição proporcional dos vencimentos acaba por conceder reajuste indireto dos vencimentos, desprovido de adequada justificativa, além de não atender às exigências ou necessidades do serviço.

Há, nesse sentido, ofensa à moralidade, razoabilidade e ao interesse público, estabelecidos nos artigos 111 e 128, ambos da Constituição Estadual, *in verbis*:

"Artigo 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência."

"Artigo 128 – As vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço."

Sobre o tema, alguns precedentes deste E. Sodalício:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade – Impugnação do § 2.º do artigo 46 da Lei Complementar n.º 2/2006 do Município de Caiabu, acrescido pela Lei Complementar n.º 105 de 29.12.2020, que reduziu a jornada de trabalho dos cargos de Engenheiro Agrônomo e de Engenheiro Civil para vinte horas semanais, sem redução proporcional da remuneração – Propositura que, a pretexto de suprir uma lacuna inexistente quanto à jornada de trabalho dos cargos, na prática concedeu reajuste indireto aos profissionais indicados – Vício de motivação manifesto – Propositura desacompanhada de qualquer tipo de estudo do volume de trabalho atribuído aos engenheiros ou da viabilidade da consecução de suas atividades na jornada reduzida, a revelar completo descolamento com o interesse público e às exigências do serviço – Dispositivo que contraria os artigos 111 e 128 da Constituição Estadual – Precedentes – Declaração de inconstitucionalidade com efeitos 'ex nunc', de modo a ressalvar a irrepetibilidade das verbas recebidas de boa-fé pelos servidores beneficiados, até a data do julgamento – Ação procedente."

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2332426-55.2023.8.26.0000; Relatora: Luciana Bresciani; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 12/06/2024; Data de Registro: 14/06/2024)

Acesso ao Sumário

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 4.880/2023, DO MUNICÍPIO DE ITAPEVA, COM INICIATIVA PARLAMENTAR, DISPONDO sobre a redução de carga horária para os servidores públicos municipais que possuam filhos com deficiência. A lei impugnada viola o princípio da separação dos poderes, uma vez que invade a competência privativa do Chefe do Poder executivo local para dispor sobre o regime jurídico dos servidores públicos municipais itapevenses. Ação direta de inconstitucionalidade procedente.

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2163116-51.2023.8.26.0000; Relator: Ricardo Dip; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 18/10/2023; Data de Registro: 19/10/2023)

Diante da violação aos princípios da separação dos poderes, consubstanciado no flagrante vício de iniciativa, e da moralidade, razoabilidade e do interesse público, de rigor a declaração da inconstitucionalidade da lei municipal objurgada.

Observo, por fim, a irrepetibilidade de valores eventualmente recebidos de boa-fé pelos servidores públicos, tendo em vista o caráter alimentar da verba e a segurança jurídica.

Pelo exposto, indefiro o ingresso do Sindicato dos Servidores Públicos Municipais e Autárquicos de São José do Rio Preto e Região como *amicus curiae* e, no mérito, julgo procedente o pedido, a fim de declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal nº 746, de 26 de abril de 2024, de São José do Rio Preto, com a observação acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2296804-12.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MACAUBAL e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MACAUBAL.

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. **(Votos nos 47.823 e 47.824)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS,

Acesso ao Sumário

CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, AFONSO FARO JR., JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, GOMES VARJÃO, ÁLVARO TORRES JÚNIOR, CORREIA LIMA, EUVALDO CHAIB, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO e DAMIÃO COGAN.

São Paulo, 3 de julho de 2024.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Expressão "os subsídios do Presidente da Câmara, dos Vereadores, do Prefeito e do Vice-Prefeito", constante no art. 1º da Lei nº 451, de 25.01.22, e art. 1º da Lei nº 537, de 26.01.23, do Município de Macaubal.
Não observância à regra da legislatura. Inadmissibilidade. Manifesta afronta aos art. 29, incisos V e VI, art. 37, art. 39, § 4º, da Constituição Federal, além dos arts. 111 e 115, incisos XI e XV, e 144, da Constituição Estadual.
Precedentes deste Eg. Órgão Especial. Ação procedente.
Agravo Regimental. Da decisão deferindo a liminar. Recurso prejudicado. Apreciado o mérito da ação.
Procedente a ação.

VOTO

1. Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo tendo por objeto a expressão *"os subsídios do Presidente da Câmara, dos Vereadores, do Prefeito e do Vice-Prefeito"*, constante no **art. 1º** da **Lei nº 451**, de **25.01.22**, e **art. 1º da Lei nº 537**, de **26.01.23**, do **Município de Macaubal**.

Sustentou, em resumo, ofensa constitucional. Em relação aos Vereadores, instrumento adequado para fixação de subsídio é a resolução. Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores são agentes políticos e não possuem *status* de servidor. Subsídios estão sujeitos à regra da anterioridade da legislatura para sua fixação e da inalterabilidade durante o período. Citou jurisprudência. Daí a liminar e declaração de inconstitucionalidade (fls. 01/12).

Deferida a liminar (fls. 63/64). Informações prestadas pelo Presidente da Câmara Municipal de Macaubal (fls. 77/85), assim como pelo Prefeito da Municipalidade (fls. 90/94). Sem manifestação da d. Procuradoria-Geral do Estado (fl. 96). A Douta Procuradoria opinou pela procedência da ação (fls. 101/110).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

2. Procedente a ação. Prejudicado o Agravo Regimental.

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo tendo por objeto a expressão *"os subsídios do Presidente da Câmara, dos Vereadores, do Prefeito e do Vice-Prefeito"*, constante no **art. 1º** da **Lei nº 451**, de **25.01.22**, e **art. 1º da Lei nº 537**, de **26.01.23**, do **Município de Macaubal**.

Com o seguinte teor as normas impugnadas:

Lei nº 541/22

*"Artigo 1º. Os vencimentos dos servidores da Câmara Municipal de Macaubal, os proventos de aposentados e pensionistas, **os subsídios do Presidente da Câmara, dos Vereadores, do Prefeito e do Vice Prefeito**, ficam corrigidos a partir de 1º. de Janeiro de 2022 em **10,16%** (dez inteiros e dezesseis centésimos por cento), índice de atualização monetária (INPC/IBGE), do último* [sic] *exercício, na forma do disposto no artigo 37, X c.c. artigo 39 § 40 da Constituição da República."* (destaquei e grifei – fl. 15).

Lei nº 537/23

*"Artigo 1º. Os vencimentos dos servidores da Câmara Municipal de Macaubal, os proventos das pensionistas, **os subsídios do Presidente da Câmara, dos Vereadores, do Prefeito e do Vice Prefeito**, ficam corrigidos a partir de 1º. de Janeiro de 2023 em **5,93%** (cinco inteiros e noventa e três centésimos por cento), índice de atualização monetária (INPC/IBGE), do último* [sic] e*xercício, na forma do disposto no artigo 37, X c.c. artigo 39 § 40 da Constituição da República."* (destaquei e grifei – fl. 16).

Tais normas – prevendo a revisão geral anual dos subsídios dos Vereadores, do Presidente da Câmara, do Prefeito e do Vice-Prefeito – padecem de inequívoca **inconstitucionalidade**.

Em oportunidade anterior (ADIn nº 2.239.012-08.2020.8.26.0000 – v.u. j. de 01.09.21), seguindo posicionamento firmado por este **C. Órgão Especial**, entendia-se possível a revisão anual dos subsídios, desde que **não** vinculadas à revisão geral anual dos servidores.

Contudo, por ocasião do julgamento da ADIn nº 2.003.712-32.2021.8.26.0000 – v.u. j de 15.09.21, relatado pelo I. Des. **CARLOS BUENO** –, o entendimento sobre a questão foi **revisto**, firmando-se novo posicionamento no sentido da inconstitucionalidade da revisão anual dos subsídios dos agentes políticos do Poder Executivo, ainda que desvinculado da revisão geral anual dos servidores municipais, assim como já se entendia quanto aos subsídios dos Vereadores.

Alteração lastreou-se em julgados da **Suprema Corte** sobre a questão:

*"A j**urisprudência desta Corte Suprema, portanto, entende que***

Acesso ao Sumário

por força dos arts. 29, V e VI, 37, 'caput' e X e 39, § 4º, da Constituição da República, o reajuste dos subsídios dos agentes políticos do Poder Executivo Municipal deve ser feito para a legislatura subsequente, com observância ao princípio da anterioridade.*"*

"Constata-se, portanto, que o acórdão proferido na origem, bem como as decisões prolatadas anteriormente, no âmbito desta Corte, não estão em harmonia com o paradigma de confronto invocado pela parte Embargante, e tampouco, com a atual jurisprudência dominante no tema."

"Ante o exposto, acolho os presentes embargos de divergência para dar provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, a fim de julgar integralmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, declarando-se inconstitucional a Lei 5.616, de 08 de março de 2018, do Município de Valinhos." (destaquei e grifei – RE 1.217.439 AgR-EDv/SP – DJ-e de 03.12.20 – Rel. Min. **EDSON FACHIN**).

E ainda:

"Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. FIXAÇÃO DE SUBSÍDIOS DO EXECUTIVO MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEGISLATURA. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. DECISÃO RECORRIDA QUE SE AMOLDA À JURISPRUDÊNCIA DO STF. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL."

"1. ***A remuneração de quaisquer agentes políticos (Prefeito, Vice-Prefeito, Vereador e Secretários Municipais), em face do princípio da moralidade administrativa e do disposto no art. 29, V e VI, da Constituição Federal, deve obedecer às regras da anterioridade da legislatura para sua fixação (art. 37, X e XI, CF). Precedentes****."*

"2. A decisão recorrida está em harmonia com a jurisprudência que, recentemente, consolidou-se na Corte."

"3. Agravo regimental a que se nega provimento." (destaquei e grifei – ARE 1292905 AgR/MS – DJ-e de 19.03.21 – Rel. Min. **EDSON FACHIN**).

"Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 3º DAS LEIS 10.415/2013, 10.729/2014, 11.069/2015, 11.285/2016 E 11.692/2018 DO MUNICÍPIO DE SOROCABA – SP. ***SECRETÁRIOS MUNICIPAIS, PREFEITO, VICE-PREFEITO E VEREADORES. FIXAÇÃO DE SUA REMUNERAÇÃO. DECLARAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL APENAS EM RELAÇÃO AOS VEREADORES. REVISÃO DE SUBSÍDIOS***

Acesso ao Sumário

DE SECRETÁRIOS MUNICIPAIS, PREFEITO E VICE-PREFEITO. OBRIGATORIEDADE DE OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE. FIXAÇÃO PARA A LEGISLATURA SUBSEQUENTE. *ARTIGO 29, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DISSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL. RECURSO PROVIDO."*

"1. Os subsídios de Secretários Municipais, Prefeito e Vice-Prefeito serão fixados pela Câmara Municipal, para a legislatura subsequente, de acordo com o disposto no artigo 29, inciso V, da Constituição da República."

"2. In casu, ***revela-se contrária à ordem constitucional a revisão dos subsídios de Secretários Municipais, Prefeito e Vice-Prefeito prevista no artigo 3º das Leis 10.415/2013, 10.729/2014, 11.069/2015, 11.285/2016 e 11.692/2018 do Município de Sorocaba – SP. Precedentes do STF."***

"3. Recurso extraordinário provido para declarar a inconstitucionalidade do artigo 3º das Leis 10.415/2013, 10.729/2014, 11.069/2015, 11.285/2016 e 11.692/2018 do Município de Sorocaba – SP." (destaquei e grifei – RE 1236916/SP – DJ-e de 23.04.20 – Rel. Min. **LUIZ FUX**).

Prevalece, atualmente, a tese de **inconstitucionalidade** da **revisão anual dos subsídios dos agentes políticos, sejam eles do Executivo ou do Legislativo**.

Isso porque **não** se enquadram eles à categoria dos **servidores públicos comuns**. O vínculo é de **natureza política** e **não profissional**.

Daí, a **distinção** quanto à **forma de remuneração**, atraindo-se aos detentores de mandato eletivo a assertiva de que *"serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única"* (**art. 39, § 4º, CF**), com observância à **regra da anterioridade da legislatura** (**art. 29, incisos V** e **VI, CF**).

Para o caso, subsídios devem ser fixados em uma legislatura, com incidência a partir da próxima, inclusive por força do **princípio da moralidade**.

Confira-se precedentes recentes deste **C. Órgão Especial**:

"Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade. Leis nº 5.560/2011, 5.561/2011 e 5.562/2011, do Município de Jacareí, que autorizam a revisão anual do subsídio do Prefeito, Vice-Prefeito, Vereadores e Secretários Municipais. Vedação de majoração do subsídio na mesma legislatura. Ofensa ao princípio da moralidade administrativa. Inadmissibilidade de vinculação entre o subsídio dos agentes políticos e os vencimentos dos servidores públicos municipais para fins de revisão geral anual. Inteligência dos artigos 111, 115, XI, e 144, da Constituição Estadual e artigos 29, V e VI, 37, X, e 39, § 4º, da Constituição Federal.

Acesso ao Sumário

Acolhimento do incidente." (InArg nº 0.025.913-18.2022.8.26.0000 – v.u. j. de 09.11.22 – Rel. Des. **AROLDO VIOTTI**).

Ainda: ADIn nº 2.075.209-72.2022.8.26.0000 – v.u. j. de 24.08.22 – Relª. Desª. **LUCIANA BRESCIANI**; ADIn nº 2.291.654-21.2021.8.26.0000 – v.u. j. de 27.07.22 – Rel. Des. **MATHEUS FONTES**; ADIn nº 2.080.596-39.2020.8.26.0000 – v.u. j. de 23.02.22 – Rel. Des. **FÁBIO GOUVÊA** e ADIn n 2.182.346-50.2021.8.26.0000 – v.u. j. de 16.02.22 – Rel. Des. **MOREIRA VIEGAS.**

E, diante da multiplicidade de Recursos Extraordinários versando sobre a questão, a **Suprema Corte** reconheceu a existência de repercussão geral da matéria constitucional – **Tema nº 1.192** – e, inobstante ainda não ter se pronunciado definitivamente sobre a questão, impõe-se seguir a posição até o momento dominante.

Daí a inconstitucionalidade das normas impugnadas.

Por fim, ressalte-se que a atual orientação da **Suprema Corte** **afasta** a possibilidade de ressalva de irrepetitibilidade dos valores recebidos a esse título – em decorrência de revisão geral anual de subsídios de agentes políticos – (RE nº 1.429.176-SP – DJ-e de 24.04.23 – Rel. Min. **EDSON FACHIN**), por *"esvaziar o julgamento do mérito"* da ação.

E esse entendimento, impõe-se ser seguido, conforme posição adotada por esse **C. Órgão Especial** (ADIn nº 2.102.632-70.2023.8.26.0000 – v.u. j. de 30.08.23 – Relª. Desª. **SILVIA ROCHA**; ADIn nº 2.016.036-83.2023.8.26.0000 – v.u. j. de 23.08.23 – Rel. Des. **VICO MAÑAS**; ADIn nº 2.018.195-96.2023.8.26.0000 – v.u. j. de 16.08.23 – Rel. Des. **DAMIÃO COGAN**, dentre outros).

Em suma, procedente a ação declarando-se a inconstitucionalidade da expressão *"os subsídios do Presidente da Câmara, dos Vereadores, do Prefeito e do Vice-Prefeito"*, constante no **art. 1º** da **Lei nº 451**, de **25.01.22**, e **art. 1º da Lei nº 537**, de **26.01.23**, do **Município de Macaubal**, por afronta aos **art. 29, incisos V e VI, art. 37, e art. 39, § 4º**, da **Constituição Federal**, além dos **arts. 111, 115, incisos XI** e **XV**, e **144, da Constituição Estadual**, com feitos *ex tunc*.

Prejudicado, ademais, o Agravo Regimental (fls. 01/07 do apenso).

3. Julgo procedente a ação.

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

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

Acesso ao Sumário

2124752-73.2024.8.26.0000, da Comarca de Praia Grande, em que é agravante SINDICATO DOS TRABALHADORES MUNICIPAIS DA ESTÂNCIA BALNEÁRIA DE PRAIA GRANDE, é agravado MUNICÍPIO DE PRAIA GRANDE.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO, COM DETERMINAÇÃO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. BERETTA DA SILVEIRA.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 0001)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, GOMES VARJÃO, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT e RENATO RANGEL DESINANO.

São Paulo, 7 de agosto de 2024.

AFONSO FARO JR., Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – DIREITO DE GREVE – SERVIDORES MUNICIPAIS DE PRAIA GRANDE – Decisão que defere pedido de tutela de urgência para determinar a manutenção de quadro funcional mínimo – Impossibilidade – Questão atinente a dissídio coletivo de greve – Competência originária do C. Órgão Especial – Inteligência dos arts. 13, inc. I, "l", e 239 do RITJSP – Precedentes – Extinção do feito originário nos termos do art. 485, inc. IV, do CPC.
CONFERE-SE PROVIMENTO AO AGRAVO, OFICIANDO-SE.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo SINDICATO DOS TRABALHADORES MUNICIPAIS DA ESTÂNCIA BALNEÁRIA DE PRAIA GRANDE em face do MUNICÍPIO DE PRAIA GRANDE, contra a r. decisão de fls. 50/51 dos autos da ação de obrigação de fazer autuada sob nº 1005853-60.2024.8.26.0477, que acolheu embargos de declaração e, em con-

Acesso ao Sumário

sequência, determinou ao sindicato que mantenha em atividade, no mínimo, 70% do quadro de servidores públicos nas unidades de trabalho dos serviços essenciais elencados no art. 10 da Lei no 7.783/89, sob pena de multa diária de R$ 50.000,00, até o limite de R$ 1.000.000,00, em caso de descumprimento.

Consta da inicial do feito originário que os servidores municipais, em assembleia, decidiram deflagrar movimento paredista, aparentemente por prazo indeterminado. A municipalidade reconhece o direito de greve, mas destaca a necessidade de cumprimento da regra legal que ordena a manutenção dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Isto não ocorreu, sendo, inclusive, necessário suspender serviços de vacinação em algumas unidades de saúde.

Pugnou-se então pela concessão de liminar, de forma a obrigar o requerido a manter, no mínimo, 70% do quadro de servidores trabalhando em suas respectivas unidades, confirmando-se tal determinação em sentença.

Num primeiro momento o Juízo deferiu em parte a medida precária, determinando ao sindicato que mantivesse em atividade, no mínimo, 50% do quadro dos servidores das áreas de saúde e educação, e 30% para as demais unidades de serviços essenciais elencados no art. 10 da Lei nº 7.783/89 (fls. 08/09). Opostos aclaratórios, oportunidade em que também se promoveu aditamento da inicial (fls. 14/22), sobreveio o *decisum* combatido.

Em apertada síntese, sustenta o agravante o argumento de incompetência absoluta do Juízo *a quo*, vez que, como o tema de fundo é o dissídio coletivo de greve, compete ao C. Órgão Especial sua apreciação, consoante previsto no RITJSP. Destaca que já propôs o dissídio (autos nº 2100248-03.2024.8.26.0000), e que houve, inclusive, composição parcial. Afirmando ainda que decisão é *extra petita*, já que nem todas as atividades de saúde e educação são essenciais, e citando precedentes, pede a antecipação dos efeitos da tutela para suspender a decisão guerreada e ao final o provimento do recurso, com reconhecimento da incompetência absoluta e consequente extinção do feito originário.

O agravo foi inicialmente distribuído à E. 6ª Câmara de Direito Público, que dele não conheceu e determinou a remessa a este C. Órgão (fls. 82/85). Deferiu-se então a medida precária, determinando-se a suspensão dos efeitos da decisão agravada e o sobrestamento do trâmite da ação (fls. 91/95).

Intimado, o Município apresentou contraminuta (fls. 99/114). Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pelo provimento do recurso e extinção do feito originário (fls. 123/130).

É uma síntese do necessário.

O recurso comporta provimento.

Como já relatado, o processo na origem tem como pano de fundo a greve dos servidores do Município de Praia Grande, com a paralisação dos serviços públicos. O pedido lá formulado é de condenação do ora agravante a manter

Acesso ao Sumário

percentual mínimo do quadro funcional em atividade, nos termos da Lei nº 7.783/89.

Ocorre que, conforme previsão expressa do RITJSP, compete a este C. Órgão Especial o processamento e julgamento dos dissídios coletivos:

"Art. 13. Compete ao Órgão Especial:
I – processar e julgar, originariamente:
(...)
l) os dissídios coletivos previstos nos artigos 239 e seguintes deste Regimento."

"Art. 239. O pedido de instauração de dissídio coletivo por greve, envolvendo servidores de vínculos não regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, será devidamente fundamentado e atenderá ao disposto em seu artigo 858, observado o procedimento previsto nesta Seção. Se for o caso, será instruído, ainda, com certidão ou cópia autenticada do último aumento salarial concedido à categoria profissional."

Inclusive, já houve instauração do dissídio correspondente, autuado sob nº 2100248-03.2024.8.26.0000. Compulsando aqueles autos, se nota que houve acordo parcial, com atendimento de parte dos pleitos (fls. 541/546).

À evidência, não poderia o Juízo *a quo* apreciar o pedido, circunscrito a matéria de competência deste Colegiado, sendo de rigor o provimento do recurso para o fim de extinguir o processo originário com base no art. 485, inc. IV, do CPC.

No mesmo norte:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Greve. Decisão do Juízo da Fazenda Pública que determinou a manutenção de determinado percentual de servidores em atividade em serviços essenciais, pena de multa cominatória. Usurpação da competência deste C. Órgão Especial. Inteligência do art. 13, inc. I, l, do RITJSP. Imposição de astreintes. Nulidade. Incompetência absoluta. Fato superveniente. Encerramento da greve. Perda parcial do objeto. Autos originários. Obrigação de não fazer. Ausência de pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo. Precedentes deste C. Órgão Especial. Extinção. Necessidade. Inteligência do art. 485, inc. IV, do NCPC. Recurso conhecido em parte e, na parte conhecida, provido." (Agravo de Instrumento nº 2051886-38.2022.8.26.0000, rel. Des. Tasso Duarte de Melo, j. em 31.08.2022).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE ILEGALIDADE DE GREVE COM PEDIDO DE TUTELA, CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE NÃO-FAZER – PRETENSÃO DEDUZIDA PELO MUNICÍPIO DE ARARAQUARA E OUTROS, CONTRA O SINDICATO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS DE ARARAQUARA E REGIÃO, ANTE O DESACORDO ACERCA DAS REIVINDICAÇÕES DA CATEGORIA PARA A DATA-BASE 2022 E IMINÊNCIA DE MOVIMENTO PAREDISTA – TUTELA DE URGÊNCIA DEFERIDA PARA MANUTENÇÃO DE PARCELA DOS SERVIDORES PÚBLICOS DURANTE A GREVE A SER DEFLAGRADA, SOB PENA DE MULTA – DEMANDA AJUIZADA EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – MATÉRIA EVIDENTEMENTE PRÓPRIA DE DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE – COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO C. ÓRGÃO ESPECIAL, À LUZ DO ARTIGO 13, INCISO I, ALÍNEA "L" C.C. ARTIGOS

Acesso ao Sumário

239 E SEGUINTES DO RITJSP – EXTINÇÃO PROCESSUAL DO FEITO ORIGINÁRIO QUE É MEDIDA DE RIGOR – AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR (ARTIGO 485, INCISO IV, DO CPC) – PRECEDENTES – RECURSO PROVIDO" (Agravo de Instrumento nº 2082028-25.2022.8.26.0000, rel. Des. Francisco Casconi, j. em 18.05.2022)

"Direito de greve. Pedido de tutela de urgência. Concessão. Liminar deferida pelo juízo de primeiro grau de jurisdição. Agravo de instrumento. Incompetência do juízo a quo. Dissídio coletivo de greve. Matéria que se insere na competência originária do Colendo Órgão Especial, inteligência do artigo 13, inciso I, letra "l", cumulado com o artigo 239 do RITJSP. Incompetência do juízo singular. Processo originário extinto, nos termos do artigo 485, inciso IV, do CPC. Agravo de instrumento prejudicado." (Agravo de Instrumento nº 2161412-76.2018.8.26.0000, rel. Des. Sérgio Rui, j. em 29.08.2018).

Por todo exposto, confere-se provimento ao recurso, comunicando-se ao juízo de primeiro grau.

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2146980-42.2024.8.26.0000/50000, 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 SUZANO e PREFEITO MUNICIPAL DE SUZANO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 83732)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, AFONSO FARO JR., JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, PAULO AYROSA, LUIS SOARES DE MELLO, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, VICO MAÑAS e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 24 de julho de 2024.

CAMPOS MELLO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE INDEFERIU REQUERIMENTO DE LIMINAR. EIVA NA DECISÃO AGRAVADA NÃO CONFIGURADA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

É agravo interno contra decisão a fls. 85/86 que, em ação direta de inconstitucionalidade, indeferiu a liminar, consistente em suspender a eficácia das Leis 3.254, de 04 de setembro de 1998 e 4.622, de 26 de dezembro de 2012, ambas do Município de Suzano, que alteraram dispositivos da Lei Municipal nº 1.739, de 10 de dezembro de 1979.

Alega o agravante que a decisão não pode subsistir, pois presentes os requisitos necessários ao deferimento da liminar pleiteada. Sustenta que o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a inconstitucionalidade de normas que concedem pensão vitalícia a ex-agentes políticos e a seus dependentes, por seu tribunal pleno, sob pena de afronta aos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade pública e responsabilidade com gastos públicos. Salienta que justamente pelo fato de possivelmente já estarem computadas no orçamento as despesas decorrentes do cumprimento da normativa questionada é que se faz necessária a suspensão de sua eficácia. Argumenta que não se afigura razoável aguardar o trâmite processual para a suspensão da eficácia das normas em questão, diante da evidente ilegalidade. Pede a reforma.

Processou-se o agravo sem liminar e, mantida a decisão agravada, os autos foram à Mesa.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Não há motivos para alterar a decisão recorrida. Com efeito, as leis impugnadas estão vigentes há décadas. Assim, como se trata de situação que já perdura há algum tempo, não se pode afirmar que apenas durante o processamento da presente ação é que se consumaria dano irreparável.

Portanto, não há nenhuma eiva na decisão agravada, a qual cabe aqui reproduzir, verbis:

> *"1. Processe-se. Indefiro a liminar postulada, pois não vislumbro, por ora, periculum in mora, visto que a manutenção das normas impugnadas – Leis 3.254, de 04 de setembro de 1998 e 4.622, de 26 de dezembro de 2012, ambas do Município de Suzano, que alteraram dispositivos da Lei Municipal nº 1.739, de 10 de dezembro de 1979, a qual dispôs sobre a instituição de pensão vitalícia a ex-prefeitos do Município de Suzano, não tem o condão de acarretar prejuízo irreparável durante a tramitação da presente demanda, em especial, porque se trata de leis*

Acesso ao Sumário

vigentes há décadas, de forma que se presume já estarem computadas no orçamento do Município as despesas decorrentes do seu cumprimento.

Ressalte-se ainda que não foi declinado na inicial nenhum fundamento concreto para justificar a concessão da liminar, a não ser a circunstância de ter sido alegada a inconstitucionalidade, o que não é suficiente. É necessária a presença dos requisitos exigidos para a tutela cautelar, notadamente o fumus boni juris e o periculum in mora (cf. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery 'Leis Constitucionais Comentadas e Anotadas', Ed. RT, 2019, nota 1 ao art. 10 da Lei 9868/99, p. 334, Luís Roberto Barroso, 'O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro', Ed. Saraiva, 4ª ed., 2009, p. 190). A concessão de medida cautelar é medida excepcional, tendo em vista a presunção de validade dos atos normativos (cf. Barroso, ob e loc. cits.). Aqui, tal excepcionalidade não está configurada.

2. Requisitem-se informações ao Prefeito do Município de Suzano e ao Presidente da Câmara Municipal de Suzano, as quais deverão ser prestadas em 30 (trinta) dias.

3. Em seguida, cite-se a Procuradoria Geral do Estado, no prazo de 15 (quinze) dias, para eventual apresentação de manifestação.

4. Após, vista à douta Procuradoria Geral de Justiça.

5. E, após o cumprimento de todas as diligências acima, retornem-me".

Nesse sentido, aliás, já se decidiu, em casos análogos neste Órgão Especial: Agravo Interno Cível nº 2196628-30.2020.8.26.0000/50000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 11/11/2020; Agravo Interno Cível nº 2093754-30.2021.8.26.0000/50000, Rel. Des. Ferraz de Arruda, j. 15/12/2021.

Mais não é necessário, visto que o agravante não logrou derribar os fundamentos da decisão agravada.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental Cível nº 2296815-41.2023.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE TABOÃO DA SERRA e interessado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TABOÃO DA SERRA, é agravado PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.497)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES, ROBERTO SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, DÉCIO NOTARANGELI, LUIZ ANTONIO CARDOSO, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 5 de junho de 2024.

FÁBIO GOUVÊA, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO. Decisão que concedeu a liminar, com efeitos *ex nunc*, para suspender a eficácia da lei impugnada. Argumentos invocados que não demonstram o desacerto da decisão atacada. Agravo desprovido.

VOTO

Cuida-se de agravo interno interposto pelo Prefeito Municipal de Taboão da Serra em face da decisão de fls. 43/48, que concedeu a liminar, com efeitos *ex nunc*, para suspender a eficácia da Lei Complementar n. 396, de 21 de março de 2023, do Município de Taboão da Serra, até final e definitivo julgamento desta ação, com a suspensão integral dos consequentes pagamentos à título de abono aos profissionais do quadro de apoio escolar vinculados a Secretaria Municipal de Educação.

O agravante alega, em síntese, que a instituição do abono remuneratório aos profissionais de apoio ao magistério está consonante as normas da FUNDEB e da Lei Federal n. 14.113/2020, razão pela qual entende que a medida liminar deve ser revogada (fls. 01/06).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo desprovimento (fls. 15/20).

É o relatório.

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo ajuizou a presente ação direta buscando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 396, de 21 de março de 2023, do Município de Taboão da Serra, que dispõe sobre a concessão do abono aos profissionais do quadro de apoio escolar

vinculados a Secretaria Municipal de Educação.

Aduziu, em apertada síntese, que a lei municipal questionada padece de inconstitucionalidade, por violação aos princípios da moralidade, da imparcialidade, da igualdade, da razoabilidade, da finalidade e do interesse público, além de não ter sido observada a métrica do interesse público e das exigências do serviço. Apontou violação aos arts. 1º, 18, 29, 31, 111, 144, e 128 da Constituição Estadual, pugnando pela suspensão liminar dos pagamentos realizados com base na Lei impugnada.

Deferi a liminar requerida, em resumida síntese, sob os seguintes fundamentos:

> "(...) as vantagens pecuniárias pressupõem a ocorrência de um suporte fático específico para gerar o direito a sua percepção, e devem estar atreladas ao interesse público e às exigências do serviço, nos termos do art. 128 da Constituição do Estado de São Paulo. Assim, é certo que as vantagens pecuniárias não podem ser concedidas por mera liberalidade ou como forma de aumento dissimulado da remuneração dos servidores, sob pena de violação aos princípios da moralidade e da razoabilidade consagrados pelo artigo 111 da mesma Carta.
>
> E, no caso concreto, verifico, em sede cognição sumária, que o abono instituído no âmbito do Município de Taboão da Serra não está amparado em qualquer critério objetivo e tampouco em condições excepcionais de serviço – além da própria função pública –, sem causa jurídica razoável a justificar sua concessão. (...).
>
> Assim, por entender relevante os fundamentos do pedido cautelar (fumus boni iuris) e considerando a possibilidade de a lei em questão acarretar prejuízos, com eventuais lesões de difícil reparação (periculum in mora) por força da potencial irrepetibilidade dos valores discutidos, concedo a liminar, com efeito ex nunc, para suspender a eficácia, até final e definitivo julgamento desta ação, da Lei Complementar n. 396, de 21 de março de 2023, do Município de Taboão da Serra, com a suspensão integral dos pagamentos à título de abono aos profissionais do quadro de apoio escolar vinculados a Secretaria Municipal de Educação.".

Respeitada a combativa argumentação construída pelo agravante, as razões ora trazidas são incapazes de infirmar o alicerce da decisão recorrida.

Não se desconhece a possibilidade de os Municípios empregarem os recursos advindos da FUNDEB em ações de desenvolvimento do ensino para a educação básica pública, em especial, para a remuneração dos servidores do magistério e da área de apoio, conforme preconiza o art. 26, § 2º, da Lei Federal nº 14.113/2020.

É certo, ainda, que a aplicação de tais recursos relacionados à FUNDEB pelos Municípios só será legítima se for realizada em conformidade com o interesse público e com as exigências do serviço, nos termos dos arts. 111 e 128 da Constituição bandeirante.

Acesso ao Sumário

Entretanto, não foi isto o que aconteceu no caso em análise.

De fato, no caso concreto, o abono instituído no âmbito do Município de Taboão da Serra está vinculado ao mero exercício da função pública por parte dos servidores públicos municipais. Assim, tais funcionários receberiam vantagem pecuniária tão somente para adimplir deveres intrínsecos às suas funções, sendo premiados, por exemplo, por serem assíduos, competentes e responsáveis no trabalho.

Como se vê, a previsão do abono aos servidores é desconectada do interesse público e não atende as exigências do bem comum, violando frontalmente os princípios da moralidade, razoabilidade, finalidade e interesse público.

E, conforme bem observa o douto Procurador Geral de Justiça: *"se não há razão peculiar para além do assíduo, competente e prestimoso exercício da própria função inerente ao cargo,* ***não se justifica a instituição, por lei, de vantagem pessoal na forma de abono, bônus, gratificação ou de qualquer outro nomen iuris que se lhe atribua. Na prática, corresponde à fixação de benefício sem indicação de fundamento lógico e racional****"* (fl. 19, grifos nossos).

Assim, as razões trazidas no presente agravo interno não convencem do desacerto da decisão combatida.

Diante do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental Cível nº 2196237-70.2023.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes MUNICÍPIO DE POTIRENDABA e PREFEITO DO MUNICÍPIO DE POTIRENDABA e interessado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE POTIRENDABA, é agravado PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.337)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, AFONSO FARO JR., JOSÉ CARLOS FER-

Acesso ao Sumário

REIRA ALVES, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, PAULO AYROSA e LUIS SOARES DE MELLO.

São Paulo, 24 de julho de 2024.

FERNANDO TORRES GARCIA, Presidente e Relator

Ementa: Agravo interno – Decisão que deixou de receber a apelação por ser recurso manifestamente inadequado à reforma da decisão hostilizada – Acórdão proferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de procedência da ação direta de inconstitucionalidade – Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade recursal – Agravo desprovido.

VOTO

Inconformado com o teor da decisão de fls. 660 do processo principal, que deixou de receber a apelação, o Município de Potirendaba ofereceu agravo interno.

Em síntese, alega o agravante que houve erro de digitação ao denominar a peça recursal como apelação.

Contraminuta está a fls. 26/34.

É o relatório.

O agravo interno não comporta provimento.

Com efeito, a decisão deixou de receber a apelação, tendo em vista ser remédio processual manifestamente inadequado à reforma da decisão atacada.

Em realidade, o recurso cabível à espécie, é o recurso extraordinário, previsto no artigo 102, III, da Constituição Federal.

De outro lado, a hipótese não autorizava a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, visto que caracterizado erro que não pode ser afastado.

Ainda, conforme disposto no artigo 7º do Código de Processo Civil, deve ser assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. E, em respeito a tal paridade de tratamento, o princípio da fungibilidade deve ser aplicado apenas quando há dúvida objetiva sobre a modalidade de recurso adequada.

É dizer, não havia qualquer possibilidade de dúvida quanto ao recurso cabível, a caracterizar erro inafastável a interposição de apelação.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0009216-48.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 9ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO 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 PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO A EXMA. SRA. DESª. MARCIA DALLA DÉA BARONE.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.500)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), LUIS FERNANDO NISHI, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, DÉCIO NOTARANGELI, LUIZ ANTONIO CARDOSO, PAULO ALCIDES, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES e ROBERTO SOLIMENE.

São Paulo, 12 de junho de 2024.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Ementa: Conflito de Competência – Ação de interdição e internação em instituição de longa permanência – A internação é pedido acessório, decorrente da interdição pleiteada – Matéria inserida na competência preferencial da Primeira Subseção de Direito Privado, nos termos do artigo 5.º, item I, I.8, da Resolução n.º 623/2013 deste Órgão Especial – Competência recursal firmada pelos termos do pedido inicial, em conformidade com o disposto no artigo 103 do Regimento Interno desta Corte – Precedente deste Órgão Especial – Conflito conhecido para fixar a competência da C. 9.ª Câmara de Direito Privado, suscitada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se, na origem, de agravo de instrumento interposto pelo MUNICÍPIO DE SÃO PAULO contra r. decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara da Família e Sucessões nos autos da ação de obrigação de fazer nº (...), que deferiu o pedido formulado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo para interdição de V.O., nomeando-lhe curador dativo e internação imediata em instituição de longa permanência ou correlata, com tratamento específico.

O agravo de instrumento foi distribuído livremente para a C. 9ª Câmara de Direito Privado (fls. 11), que não conheceu do recurso, determinando a redistribuição para uma das Câmaras da Seção de Direito Público tendo em vista que a questão controvertida envolve pessoa jurídica de Direito Público e que a *"matéria tratada nos autos se refere a disponibilização de vaga em instituição que presta serviços médico-hospitalares"* (fls. 24/26).

Redistribuídos para a C. 12ª Câmara de Direito Público, não conheceram do recurso e suscitaram conflito de competência, em conformidade com v. acórdão ementado nos seguintes termos:

Competência – Ação de interdição c/c com pedido de internação compulsória – Paciente acometido de sequelas cognitivas decorrentes de acidente vascular (AVC) e de histórico de uso de substâncias psicoativas (SPA) – Autos originariamente distribuídos à 9ª Câmara de Direito Privado – Não obstante a presença de ente público na demanda, a matéria discutida tem cunho nitidamente privatístico, a afastar a competência das Câmaras de Direito Público – Precedentes invariáveis reconhecendo a competência recursal da Seção de Direito Privado em casos análogos – Recurso não-conhecido – Conflito de competência suscitado perante o C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça. (TJSP; Agravo de Instrumento (...); Relator: Souza Meirelles; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro Regional XI – Pinheiros – 2ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 27/02/2024; Data de Registro: 27/02/2024)

Com a distribuição do presente conflito de competência, determinou-se a remessa dos autos à D. Procuradoria Geral de Justiça, que ofertou parecer pela competência da C. 9ª Câmara de Direito Privado (fls. 107/112).

É o relatório.

Trata-se de Conflito de Competência, suscitado pela C. 12.ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal, sustentando que a competência para o julgamento do agravo de instrumento interposto é das Câmaras que compõem a Primeira *Subseção de Direito Privado*.

Sem embargo dos judiciosos fundamentos que levaram o d. Relator na C. Câmara suscitada a declinar da competência recursal, temos que a razão está com a C. Câmara suscitante.

Conforme dispõe o artigo 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, a *"competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se* ***pelos termos***

Acesso ao Sumário

***do pedido inicial**, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la".*

A Resolução n.º 623/2013 deste C. Órgão Especial dispõe que:

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.8 – Ações de interdição;

Nos autos que deram origem ao agravo de instrumento o Ministério Público do Estado de São Paulo requereu a interdição e internação de V.O., internado na enfermaria de clínica médica do Hospital Universitário da USP desde 17.05.2022. Afirmou que chegou ao conhecimento da promotoria de justiça que o paciente havia sofrido AVC isquêmico, estando em situação de vulnerabilidade social e sem amparo familiar e com alta hospitalar desde 26.05.2022, razão pela qual necessitava de vaga em centro de acolhida. Destacou que há laudo subscrito por médico do Hospital Universitário acerca da "incapacidade civil permanente" do paciente. Requereu a interdição do Sr. V.O. para que possa exercer todos os atos da vida civil por pessoa que o represente legalmente e sua internação em instituição de longa permanência ou correlata.

Como se vê há dois pedidos nos autos, sendo certo que o pedido de interdição é o principal e a internação é acessório, decorrente do primeiro. A presença de pessoa jurídica de direito público no polo passivo não é determinante para a definição da competência nestes casos.

De rigor o reconhecimento da Seção de Direito Privado para o conhecimento e julgamento do recurso.

Nesse sentido, precedentes deste Órgão Especial:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de interdição e internação compulsória – Previsão expressa no art. 5º, inciso I, item I.8 da Resolução 623/2013 desta Corte – Dúvida acolhida, reconhecida a competência da Câmara Suscitante 7ª Câmara de Direito Privado. (TJSP; Conflito de competência cível 0007749-10.2019.8.26.0000; Relator: Antonio Carlos Malheiros; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Cajuru – Vara Única; Data do Julgamento: 20/03/2019; votação unânime)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Ação de interdição c.c. internação compulsória. Pleito secundário de internação que decorre do principal – interdição. Competência preferencial das 1ª a 10ª Câmara de Direito Privado para apreciar e julgar feitos relativos a curatela, no caso da 8ª Câmara de Direito Privado. Resolução nº 623/2013, art. 5º, I, I.16. Conflito procedente. Competente a Câmara suscitante. (TJSP; Conflito de competência cível 0004960-43.2016.8.26.0000; Relator: Evaristo dos Santos; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Franco

Acesso ao Sumário

da Rocha – 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 27/04/2016, por maioria de votos).

E a *contrario sensu*:

*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação civil visando à internação compulsória de pessoa acometida de esquizofrenia paranoide – **Discussão travada que não versa sobre nomeação de curador ou interdição de paciente**, mas sobre a necessidade de concessão de tratamento hospitalar pelo Município e Estado de São Paulo – Por não se tratar, na sua essência, de ação cujo objeto é o estado e a capacidade da pessoa, de rigor o afastamento da incidência do artigo 37, do Código Judiciário do Estado de São Paulo – Pelo fato de o Poder Público figurar como parte e diante da ausência de Varas da Fazenda Pública, a competência, no caso, é da 3ª Vara Cível de Itu – Competência do Juízo suscitado.* (TJSP; Conflito de competência cível 0006229-15.2019.8.26.0000; Relator: Xavier de Aquino (Decano); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Itu – Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 03/06/2019; Data de Registro: 05/06/2019)

*Conflito negativo de competência. Ação de internação compulsória, com pedido de tutela antecipada, em benefício do filho, maior de idade, em clínica para dependentes químicos. Pretensão deduzida em face do Município. **Ausência de pedido de interdição. Demanda não se relaciona com a matéria de direito de família.** Pessoa jurídica de direito público no polo passivo. Competência da Vara da Fazenda Pública. Precedentes desta C. Câmara Especial. Conflito procedente. Competência do suscitado (Vara da Fazenda Pública da Comarca de São José do Rio Preto).* (TJSP; Conflito de competência cível 0017381-94.2018.8.26.0000; Relatora: Ana Lucia Romanhole Martucci; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de São José do Rio Preto – 2ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 22/10/2018; Data de Registro: 24/10/2018)

Pertinente transcrever trecho do parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça:

No caso, conforme consignado na decisão declinatória, "estando a matéria relacionada à interdição de pessoa supostamente incapaz para prática de atos da vida civil, a competência para o julgamento do recurso é, consabidamente, da Seção de Direito Privado, independentemente do pedido acessório. Isso pois, a interdição é matéria de competência afeta às Varas especializadas em direito de família e em direito das sucessões, tanto o é que o feito tramita, na origem, perante a 2ª Vara da Família e Sucessões" (fl. 82), de tal sorte que a competência recursal é de alguma das Câmaras da Primeira Subseção de Direito Privado desta Corte, ex vi do disposto no artigo 5º, inciso I, itens I.6 e I.8, da citada Resolução.

Por todo o exposto, pelo meu voto, o conflito é conhecido para fixar a competência da C. 9.ª Câmara de Direito Privado, suscitada.

Acesso ao Sumário

VOTO CONVERGENTE

(Voto nº 36.429)

Ementa: Conflito de competência – Ação de interdição, cumulada com pedido de internação compulsória – Inteligência do artigo 103 do Regimento Interno do E. Tribunal de Justiça de São Paulo – Competência fixada pela causa de pedir da demanda – Incidência do disposto no artigo 5º, incisos 1.8 da Resolução 623/2003 deste Tribunal – Competência recursal da Seção do Direito Privado – Questão principal diz respeito a interdição, sendo a internação compulsória matéria acessória – Conflito julgado procedente – Competência da suscitada 9ª Câmara de Direito Privado.

Vistos,

Trata-se de conflito de competência suscitado pela Col. 12ª Câmara de Direito Público, nos autos do agravo de instrumento n. (...) interposta contra decisão que, em ação de interdição ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em trâmite perante a 2ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Pinheiros, deferiu tutela de urgência para determinar a internação compulsória do paciente em instituição de longa permanência ou correlata, em decorrência de quadro clínico compatível com sequelas físicas e na fala devido a AVC, e histórico de uso de substâncias psicoativas.

O recurso foi inicialmente distribuído perante a Col. 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, a qual não conheceu do recurso por entender que a competência para o julgamento do recurso se insere na competência da Seção de Direito Público, com fulcro no artigo 3º, inciso I, 13 da Resolução 623/2013 deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo.

O feito foi redistribuído à Col. 12ª Câmara de Direito Público, a qual não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência em relação à Col. 9ª Câmara de Direito Público.

É o relatório.

Apresento voto convergente ao exarado pela DD. Desembargadora Relatora Luciana Bresciani, tão somente para enfatizar os seguintes fundamentos que passo a analisar.

Nos moldes do artigo 103 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo *"A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la."*

Na hipótese em questão, o Ministério Público ajuizou ação de interdição cumulada com pedido de internação de V.O. em instituição de Longa Permanência, com pedido de tutela de urgência, sob a alegação de que o interditando

Acesso ao Sumário

encontra-se em situação de vulnerabilidade social e não conta com nenhum suporte familiar, necessitando de supervisão e auxílio nas atividades da vida diária após ter sofrido AVC isquêmico e encontrar-se em alta hospitalar desde o dia 26.05.2023.

Denota-se que a presente ação tem por objeto principal a interdição de V.O., pessoa em situação de vulnerabilidade, e pedido acessório de internação compulsória do interdito em instituição pública, tendo o feito sido ajuizado em Vara de Família e Sucessões competente para análise da questão.

Neste contexto, a matéria principal discutida nos autos envolve interdição, sendo o custeio da internação compulsória pretendida matéria secundária, de modo que, nos moldes do artigo 5º, inciso I, I.8 da Resolução n. 623/2013 do Tribunal de Justiça de São Paulo, a competência recursal é da Seção de Direito Privado I. Com efeito:

> "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.8 – Ações de interdição;

Pontua-se, por oportuno, que a questão "sub judice" difere daquela por mim relatada nos autos do Conflito de Competência n. 0044515-23.2023.8.26.0000, ocasião em que foi reconhecida, por votação unânime, a competência recursal de uma das Câmaras da Seção de Direito Público desta E. Corte de Justiça.

Embora as hipóteses guardem certa similitude, tem-se que, no precedente supracitado, havia a peculiaridade de que a questão da interdição já havia sido definitivamente solucionada, com decisão transitada em julgado, pendendo tão somente o pedido recursal de internação compulsória, conforme trecho abaixo colacionado:

> "Deve-se pontuar, por oportuno, que apenas o Ente Federado interpôs recurso de apelo, tendo a questão acerca da interdição transitado em julgado sem qualquer insurgência das partes ou do Ministério Público, restando apenas a matéria relativa à internação compulsória para apreciação em sede recursal". **(TJSP, Conflito de Competência Cível nº 0044515-23.2023.8.26.0000, Rel. Dra. Marcia Dalla Déa Barone, j. 21/02/2024)**

Tal precedente foi embasado nos julgados citados no voto de minha relatoria e abaixo transcritos, nos quais a questão da interdição passou a ser acessória ante o seu julgamento definitivo – como se deu no primeiro caso – ou foi excluída do pedido ante o não recebimento da emenda à inicial pelo juízo "a quo" – como no segundo precedente citado:

Acesso ao Sumário

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Dependente químico. Pedido de internação compulsória para tratamento. Competência recursal que deve ser atribuída à Seção de Direito Público, com base no artigo 3º, incisos I.7 e I.13, da Resolução nº 623/2013. Posicionamento que deve prevalecer, ainda que a autora tenha cumulado pedido de interdição, pois, referido tema (envolvendo Direito de Família) não é objeto do recurso. Inconformismo do apelante que, no caso, é restrito à questão da responsabilidade do Município pelos custos da internação e tratamento (matéria de direito administrativo e constitucional). Conflito procedente. Competência da 11ª Câmara de Direito Público.

(TJSP; Conflito de competência cível 0042831-05.2019.8.26.0000; Relator: Ferreira Rodrigues; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Mogi Guaçu – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/11/2019; Data de Registro: 29/11/2019)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Internação compulsória. Ação de obrigação de fazer. Suscitação de conflito. Dúvida sobre quem deve julgar a queixa recursal. Necessário cometimento à E. 7ª Câmara de Direito Público. Tema da causa que nada tem a ver com questão relativa a interdição. Regência da Res. 623/2013 (art. 3º, inciso I, item I.13). Precedentes deste Tribunal de Justiça. CONFLITO PROCEDENTE.

(TJSP; Conflito de competência cível 0048005-29.2018.8.26.0000; Relator: Beretta da Silveira; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de São José do Rio Preto – 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 20/03/2019; Data de Registro: 21/03/2019)

Em face do exposto, coaduno com o entendimento exarado pela DD. Relatora e proponho a procedência do presente conflito para declarar competente para o conhecimento da apelação a Col. 9ª Câmara de Direito Privado.

MARCIA DALLA DÉA BARONE, Desembargadora

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Conflito de Competência Cível nº 0013797-09.2024.8.26.0000, da Comarca de Valinhos, em que é suscitante COLÉGIO RECURSAL DE CAMPINAS, interessados SANDRA HELENA PERSICHITTI, WILSON ARISTIDES BISSOTO, WALDEMIR GIOPATO, VICENTE ANTONIO MARCHIORI, TEREZINHA CARMEN DE MATTOS, SUELI APARECIDA DALPIN BOTTURA, SOLANGE APARECIDA GUAIUME, SHIZUO YOSHIDA, ROSELINE BALLONI DE ANDRADE D'AVILA, ROSELI SANTINHA FRANCESCHINI THOMÉ, ROSELI MARIA BERNARDO AFFONSO, ROSELI MAMPRIN COSTA, ROSELI APARECIDA JULIATTO BERTOLI, ROSANA MARIA SPADACCIA GALON MATTIAZZO, ROSANA MARIA PALUDETTO CARDOSO e MUNICÍPIO

Acesso ao Sumário

DE VALINHOS, é suscitada 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TJSP.

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 29.934/2024)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, AFONSO FARO JR., JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, ÁLVARO TORRES JÚNIOR, CORREIA LIMA, EUVALDO CHAIB, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUCIANA BRESCIANI e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 3 de julho de 2024.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA RECURSAL. Apelação. Servidor. Conflito negativo instalado entre turma de colégio recursal e órgão fracionário desta Corte. Reconhecido o último como instância revisional da sentença, ante a inexistência de Juizado Especial da Fazenda Pública tampouco de vara especializada na comarca, nada obstando aos autores a opção pela via ordinária. Inteligência dos artigos 2º, caput e § 4º, da Lei nº 12.153/2009 e 8º e 39, caput, do Provimento do Conselho Superior da Magistratura nº 2.203/2014. Exame da jurisprudência.
CONFLITO PROCEDENTE PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DA C. CÂMARA SUSCITADA, COM DETERMINAÇÃO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito de competência decorrente de apelação interposta contra a sentença que julgou improcedente ação ordinária visando ao restabelecimento de vantagem funcional antes estendida a servidores aposentados ajuizada por *SANDRA HELENA PERSICHITTI* e *OUTROS*, em face do *MUNICÍPIO DE VALINHOS* (fls. 242-245; 257-284).

O apelo foi distribuído livremente à C. 13ª Câmara de Direito Público.

A relatoria coube ao D. Desembargador Djalma Lofrano Filho que, por decisão monocrática, não conheceu da insurgência e determinou a remessa do feito ao Colégio Recursal competente (fls. 303-315).

O processo foi, então, redirecionado à C. Turma Especial da Fazenda Pública do Colégio Recursal de Campinas que suscitou o incidente, nos termos do v. acórdão da lavra do MM. Magistrado Sérgio Araújo Gomes (fls. 648-656).

Dispensou-se a manifestação da D. Procuradoria-Geral de Justiça, como autorizam os artigos 178 e 951, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 202 do Regimento Interno.

Os autores apresentaram petição de desistência do recurso de apelação (fls. 688-689).

É o relatório do essencial.

De início, convém registrar que, diversamente do que afirmam os autores, a desistência do apelo não prejudica o exame do incidente, pois a homologação ou não do pedido é atribuição exclusiva do órgão jurisdicional a ser declarado competente para a apreciação da causa em sede recursal.

Feita essa ponderação, tem-se que a ação que desencadeou o presente incidente encerra pretensão ao restabelecimento de vantagem pecuniária declarada inconstitucional.

O feito tramitou perante a 1ª Vara da Comarca de Valinhos.

Julgada improcedente a demanda, sobreveio o apelo que não foi conhecido pela C. 13ª Câmara de Direito Público aos fundamentos de que o valor atribuído à causa (R$ 10.000,00, para janeiro de 2019[1] – fls. 36-37) seria inferior ao limite previsto no artigo 2º da Lei nº 12.153/2009 e de que eventual prova pericial não apresentaria complexidade (fls. 304-315).

A C. Turma Especial da Fazenda Pública, suscitante, por sua vez, invocou a tese de que, tendo a ação sido proposta perante o juízo comum e por ele decidida, ao Colegiado não competiria apreciá-la em sede recursal (fls. 648-656).

Pois bem.

Para a solução da controvérsia devem, primeiramente, ser indicadas as peculiaridades da hipótese, a saber:

(i) ao tempo da propositura, o conteúdo econômico a ela atribuído mal alcançava dez salários mínimos;

(ii) a discussão então levada ao Judiciário era puramente de direito e a eventual prova técnica resumir-se-ia à confecção de simples cálculos aritméticos;

(iii) a Comarca de Valinhos ainda não foi contemplada com a instalação de Juizado Especial da Fazenda Pública; todavia, desde 2007, conta com Vara do Juizado Especial Cível e Criminal.

Passa-se agora à análise das normas de regência.

Acesso ao Sumário

1 Salário mínimo para janeiro de 2019: R$ 998,00

Prescreve o artigo 2º, *caput* e § 4º, da Lei nº 12.153/2009 ser *"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 (...)*, certo que *"no foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta"* (grifamos).

Por seu turno, o artigo 8º do Provimento do Conselho Superior da Magistratura CSM nº 2.203/2014 estabelece que:

> Artigo 8º. ***Nas Comarcas em que não foram instalados os Juizados Especiais de Fazenda Pública ficam designados para processamento das ações de competência do JEFAZ:***
>
> ***I – as Varas da Fazenda Pública, onde instaladas;***
>
> ***II – as Varas de Juizado Especial, com competência cível ou cumulativa, onde não haja Vara da Fazenda Pública instalada;***
>
> ***III – os Anexos de Juizado Especial, nas comarcas onde não haja Vara da Fazenda Pública e de Juizado Especial, designados os Juízes das Varas Cíveis ou Cumulativas para o julgamento.***

O artigo 39, *caput*, do mencionado provimento complementa o dispositivo, ao estatuir que:

> ***Artigo 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. (...)***

Doutro bordo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que *"a competência do Juizado Especial Cível é relativa e cabe ao autor escolher entre o procedimento previsto na Lei 9.099/95 ou promover a ação perante a Justiça comum, pelo rito do Código de Processo Civil"* (RMS nº 61.604/RS, 4ª T., rel. Min. Raul Araújo, j. em 17.12.2019. Igualmente: REsp nº 1.726.789/RS, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. em 19.4.2018; RMS nº 53.227/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 27.6.2017; REsp nº 280.193/SP, 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, j. em 22.6.2004; REsp nº 331.891/DF, 3ª T., rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 21.3.2002; REsp nº 146.189/RJ, 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, j. em 24.3.1998).

Acesso ao Sumário

A exegese conjunta das normas acima transcritas, aliada às particularidades da espécie e ao posicionamento da Corte Superior, permite inferir que, houvesse Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública – cuja competência é absoluta – instalada na Comarca, os autores não deteriam faculdade em optar pelo Juízo comum; na ausência daquele órgão jurisdicional, entretanto, nada impediria a escolha da via ordinária para veicular a pretensão, ainda que o valor atribuído à causa fosse inferior ao limite fixado na Lei nº 12.153/2009, certo que a competência do Juizado Especial Cível e Criminal presente na Comarca de Valinhos é relativa. E mais: a sentença foi proferida por magistrado não inte-

grante do sistema dos Juizados Especiais.

Consequência lógica dessas circunstâncias é o reconhecimento da competência da 13ª Câmara de Direito Público como instância revisional da sentença e, assim, para deliberar sobre o pedido de homologação da desistência do apelo.

Abonam essa solução os vv. arestos deste Colegiado:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – INCLUSÃO DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – APELAÇÃO – Declinação da competência pela 11ª Câmara de Direito Público em razão do valor da causa – Suscitação do conflito pelo MM Juiz de Direto do Juizado Especial Cível da Comarca de São João da Boa Vista em razão da incompetência do Juizado para processamento de ações que demandem realização prova pericial – Competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda nos foros onde estiver instalado – Todavia, comarca de São João da Boa Vista que não possui Juizado Especial da Fazenda Pública – Causas com valor inferior a 60 salários-mínimos que, na hipótese específica, aliado à necessidade de realização de perícia, podem ser processadas perante o Juízo comum, nos termos do artigo 8º, incisos I, II e III, do Provimento n. 2.203/2014 – Competência da C. 11ª Câmara de Direito Público reconhecida – CONFLITO PROCEDENTE, DECLARADA A COMPETÊNCIA DA CÂMARA SUSCITADA.

(CC nº 0005294-96.2024.8.26.0000, rel. Des. Luís Fernando Nishi, j. em 10.4.2024);

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de procedimento comum. Internação compulsória para tratamento de dependência química. Valor da causa inferior a 60 salários-mínimos. Irrelevância. Comarca de Igarapava que não dispõe de Juizado Especial da Fazenda Pública. Causas dessa natureza (com valor inferior a 60 salários-mínimos) que, naquela localidade, podem ser processadas perante o Juízo comum, diante da regra do artigo 8º, incisos I, II e III, do Provimento n. 2.203/2014, do Conselho Superior da Magistratura. Fato que justifica o reconhecimento da competência recursal da 9ª Câmara de Direito Público, não só por esse fundamento (referente à aplicação do artigo 103 do RITJSP), mas também porque, nos termos do artigo 39 do Provimento CSM n. 2.203/2014, o Colégio Recursal dispõe de competência somente para julgamento de recursos oriundos de decisões proferidas pelos Juizados Especiais, e no presente caso a sentença foi proferida por magistrado que não integra o sistema dos juizados especiais. Não custa lembrar, ainda, que diferentemente da competência do Juizado Especial da Fazenda Pública, que é absoluta (não admitindo prorrogação), a competência do Juizado Especial Cível, existente no local, é relativa, cabendo ao autor da ação "escolher entre o procedimento previsto na Lei 9.099/95 ou promover a ação perante a Justiça comum, pelo rito do Código de Processo Civil" (RMS n. 61.604/RS, Rel. Min. Raul Araújo,

Acesso ao Sumário

Quarta Turma, j. 17/12/2019). Conflito procedente, com reconhecimento da competência recursal da C. 9ª Câmara de Direito Público. (CC nº 0032534-31.2022.8.26.0000, rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. em 1º.2.2023).

Isto posto, julga-se procedente o conflito para declarar a competência da C. 13ª Câmara da Seção de Direito Público, suscitada, para a apreciação do recurso e eventual homologação do pedido de desistência, pelo que se determina a remessa dos autos a esse órgão jurisdicional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0012637-46.2024.8.26.0000, da Comarca de Lucélia, em que é suscitante 4ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 35ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL 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 35ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. MELO BUENO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54859)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, AFONSO FARO JR., JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, GOMES VARJÃO, PAULO AYROSA, LUIS SOARES DE MELLO, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO e VICO MAÑAS.

São Paulo, 24 de julho de 2024.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: Conflito de competência – Indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trânsito – Julgamento afeto às Câmaras das Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado – Incidência do artigo 5º, III.15 da Resolução nº 623/2013 – Matéria afeta ao direito privado em razão do objeto da

Acesso ao Sumário

ação – Conflito procedente, determinando-se a competência da C. Câmara suscitada.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela C. 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em face da C. 35ª Câmara de Direito Privado do mesmo E. Sodalício para processar e julgar apelações tiradas nos autos de ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por Lucelena Andrade dos Santos e outras em face de Hélios Coletivos e Cargas Ltda e São Jorge Transporte de Passageiros EIRELI, com denunciação da lide à Eixo SP Concessionária de Rodovias S/A, em razão de acidente de trânsito.

Os autos foram distribuídos originariamente à C. 35ª Câmara de Direito Privado, que declinou da competência, determinando a redistribuição dos autos a uma das Câmaras de Direito Público, nos termos do art. 3º, I, item I.7, da Resolução nº 623/2013 (fls. 1815/1824).

Distribuídos os autos à C. 4ª Câmara de Direito Público, esta declinou da competência, suscitando o presente conflito, alegando que a matéria discutida se insere na competência preferencial da Segunda Subseção de Direito Privado, nos termos do art. 5º, § 1º da Resolução TJSP nº 623/2013 (fls. 1831/1841).

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pela competência da C. Câmara suscitada (fls. 1854/1861).

É o relatório.

É cediço que a competência recursal se estabelece a partir do pedido formulado na inicial, conforme prescreve o art. 103 do RITJSP.

Sendo assim, no caso em apreço é irrelevante para a fixação da competência em 2ª instância que figure como parte concessionárias de serviços públicos de transportes, já que em casos que digam respeito a acidente de veículo há exceção à regra prevista no art. 3º, item 1.7., da Resolução nº 623/2013 com regramento específico a esse respeito no art. 5º, de citada Resolução.

A Resolução nº 623/13 do Tribunal de Justiça, com a redação dada pela Resolução nº 785/2017, estabeleceu a competência preferencial das 11ª a 38ª Câmaras da Seção de Direito Privado para o exame de demanda que envolva casos como o presente, de reparação de danos em acidente de veículos (art. 5º, III.15):

"Art. 5º – A seção de Direito privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:(...)

III.15 – Ações de reparação de dano causado em acidente de veículo,

ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo, além da que cuida o parágrafo primeiro, excetuadas as ações que envolvam deficiência ou falta do serviço público;"

A indenização por danos morais e a reparação material decorrentes de acidente de trânsito, em que denunciada à lide concessionária de serviço público, evidentemente se enquadra na hipótese acima, ausente, portanto, qualquer hipótese de competência da Seção de Direito Público, em especial dos incisos I.2, I.3 e I.7 do art. 3º da Resolução nº 623/13.

Isto porque a demanda não versa sobre questões de serviço público em geral. A parte autora não pretende o controle ou o cumprimento de ato administrativo, mas sim a reparação material e moral decorrentes do acidente que a vitimou.

Daí a competência da Seção de Direito Privado para processar e julgar a demanda.

Nesse sentido já decidiu este Egrégio Órgão Especial em casos semelhantes:

"Conflito de competência suscitado pela 32ª Câmara de Direito Privado desta Corte. Apelações interpostas em demanda de reparação de danos materiais e morais decorrentes de acidente de trânsito. Competência da câmara suscitante configurada. Inteligência da norma prevista no art. 5º, III.1 5, da Resolução nº 623/2013 do Órgão Especial desta Corte. Precedente do Órgão Especial em caso análogo. Conflito de competência julgado procedente, para fixar a competência da 32ª Câmara de Direito Privado desta Corte para julgamento dos mencionados recursos." (TJSP; Conflito de competência cível 0042230-57.2023.8.26.0000; Relator: Campos Mello; Órgão Julgador: Órgão Especial; Data do Julgamento: 21/02/2024; Data de Registro: 22/02/2024).

"Conflito de Competência. Ação de indenização. Atropelamento de pedestre em via pública por ônibus de concessionária do serviço público de transporte, causado por suposta imprudência do motorista. Acidente de trânsito caracterizado. Causa de pedir que não se refere à responsabilidade civil do Estado ou da concessionária por deficiência ou falta do serviço público. Exceção à Súmula 165 do TJESP. Lide que se resolve pela aplicação de normas de direito privado. Matéria de competência da Subseção III da Seção de Direito Privado, da 25ª à 36ª Câmaras. Art. 5º, inciso III.15, da Resolução nº 623/2013 do Órgão Especial. Orientação firmada pelo Órgão Especial em julgados recentes. Conflito procedente. Reconhecimento de competência da 27ª Câmara de Direito Privado, a suscitada." (Conflito de Competência nº 0013506-43.2023.8.26.0000, Rel. Des. Costabile e Solimene,

Acesso ao Sumário

j. 17.05.2023).

Diante do exposto, julga-se procedente o conflito negativo de competência, declarando-se a competência da C. 35ª Câmara de Direito Privado para o processamento e julgamento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0011072-47.2024.8.26.0000, da Comarca de Itapecerica da Serra, em que é suscitante 8ª TURMA DA FAZENDA PÚBLICA DO COLÉGIO RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDA A EXMA. SRA. DESª. LUCIANA BRESCIANI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.011)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, AFONSO FARO JR., JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, PAULO AYROSA, LUIS SOARES DE MELLO, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE e SILVIA ROCHA.

São Paulo, 24 de julho de 2024.

NUEVO CAMPOS, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – VALOR DADO À CAUSA INFERIOR A 60 (SESSENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS – AÇÃO PROPOSTA EM FACE DE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO, CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA –

Acesso ao Sumário

INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, II, DA LEI FEDERAL 12.153/2009 – PRECEDENTES DESTE C. ÓRGÃO ESPECIAL – COMPETÊNCIA DA C. 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, ORA SUSCITADA – CONFLITO DE COMPETÊNCIA PROCEDENTE.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado nos autos das apelações cíveis nº 1004033-22.2022.8.26.0268, interpostas por Marcos Felipe Gonçalves de Oliveira e por Concessionária Autopista Fernão Dias S/A, contra r. sentença que julgou parcialmente procedente ação indenizatória por danos materiais e morais, ajuizada por Marcos Felipe Gonçalves de Oliveira em face da Concessionária Autopista Fernão Dias S/A.

As apelações foram distribuídas, inicialmente, à Colenda 2ª Câmara de Direito Público, que, por V. Acórdão de relatoria do Exmo. Des. Renato Delbianco, em 26/06/2023, não conheceu dos recursos e determinou sua redistribuição à Colenda Turma Recursal responsável pelos feitos da Comarca de Itapecerica da Serra (fls. 485/491, do proc. nº 1004033-22.2022.8.26.0268).

Os Eminentes Julgadores entenderam, a propósito, que a matéria se enquadra na competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública, em razão do valor dado à causa, inferior a 60 (sessenta) salários mínimos.

Redistribuídos os autos, em julgamento pela Colenda 8ª Turma da Fazenda Pública do Colégio Recursal dos Juizados Especiais deste Egrégio Tribunal Federal, realizado em 28/02/2024, não se conheceu dos recursos e foi suscitado conflito de competência (fls. 506/510).

Os Eminentes julgadores entenderam, a propósito, que, embora o valor atribuído à causa não supere 60 (sessenta) salários mínimos, a ré, Concessionária Autopista Fernão Dias S/A, pessoa jurídica de direito privado, não se enquadra no rol taxativo do art. 5º, II, da Lei Federal 12.153/2009.

Tendo em vista não se tratar das hipóteses dos arts. 178 e 951, do Cód. de Proc. Civil, e do art. 202 do RITJSP, os autos foram encaminhados diretamente à Mesa, para julgamento.

É o relatório.

O conflito procede, devendo ser reconhecida a competência da Colenda 2ª Câmara de Direito Público.

Insta observar, de início, que o art. 2º da Lei Federal 12.153/2009 elegeu a matéria e o valor dado à causa como critérios de fixação da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Importa considerar, a propósito, que ações que versem as matérias relacionadas nos incisos I, II e III do art. 2º e ações cujo valor supere 60 (sessenta)

Acesso ao Sumário

salários mínimos excetuam da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Insta observar, ainda, que o inciso II do art. 5º da Lei Federal 12.153/2009 contemplou a possibilidade de figurar no polo passivo das ações propostas perante os Juizados Especiais da Fazenda Pública apenas os Estados, o Distrito Federal, os Territórios, os Municípios e autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas.

No caso em tela, embora a matéria, em tese, não configure exceção à competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública e o valor dado à causa seja inferior à 60 (sessenta) salários mínimos, figura como ré pessoa jurídica de direito privado, concessionária de direito público, que não integra o rol taxativo do art. 5º, II, da Lei Federal 12.153/2009, portanto, impedida de ser demandada perante os Juizados Especiais da Fazenda Pública.

No mesmo sentido, vem decidindo este Colendo Órgão Especial:

> "Conflito de Competência Cível. Colégios Recursais da Fazenda Pública. Impossibilidade de as turmas recursais receberem demandas em que parte demandada é concessionária de serviço público. Incidência limitatória do art. 5º da Lei n. 12.153/2009. Precedentes deste Órgão Especial. Conflito procedente, afirmada a competência da eg. Câmara suscitada." (TJSP, Órgão Especial, Conflito de Competência 0015131-78.2024.8.26.0000, Rel. Roberto Solimene, j. em 12/06/2024).

Portanto, não sendo a Concessionária Autopista Fernão Dias S/A parte legítima para figurar no polo passivo de ação de competência do Juizado Especial da Fazenda Pública, não compete ao Colégio Recursal julgar o recurso que deu origem ao presente conflito de competência.

Face ao exposto, meu voto julga procedente o conflito, determinando-se a remessa do recurso para a suscitada, a saber, a Colenda 2ª Câmara de Direito Público deste Egrégio Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0014225-88.2024.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é suscitante 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitada 29ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO 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 29ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDA A EXMA.

SRA. DESª. SILVIA ROCHA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 58.497)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, AFONSO FARO JR., JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, GOMES VARJÃO, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI e RICARDO DIP.

São Paulo, 7 de agosto de 2024.

FIGUEIREDO GONÇALVES, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de obrigação de fazer proposta por particular contra empresa concessionária de energia elétrica. Pretensão de compelir a ré a instalar o serviço público no imóvel do autor. Competência firmada pela causa de pedir (contrato de fornecimento de energia elétrica). Incidência do artigo 5º, § 1º da Resolução n.º 623/2013 do TJSP. Precedentes deste c. Órgão Especial em casos análogos. Conflito procedente, reconhecida a competência da 29ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

Cuidam estes autos de **Conflito de Competência** suscitado pela **5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO** em face da **29ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO**, ambas deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em recurso de apelação interposto nos autos da ação de obrigação de fazer proposta por Joel Donizete Guieiro contra EDP São Paulo Distribuição de Energia S/A.

O recurso foi inicialmente distribuído à 29ª Câmara de Direito Privado, a qual não o conheceu e determinou a sua redistribuição a uma das Câmaras de Direito Público desta Egg. Corte (fls. 193/196).

O feito então foi distribuído à 5ª Câmara de Direito Público, que, por sua vez, suscitou o presente conflito negativo de competência (fls. 201/207).

É o relatório.

Analisa-se o conflito.

Nos termos do art. 103 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, *"a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos*

Acesso ao Sumário

do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la".

Nestes autos, a petição inicial refere-se à negativa de instalação de sistema de fornecimento de energia elétrica em imóvel particular.

Aplicável, portanto, o artigo 5º, § 1º, da Resolução nº 623/2013, deste eg. Tribunal de Justiça, o qual dispõe:

> "Art. 5º. A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:
>
> (...) III – Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:
>
> (...) § 1º. Serão da competência preferencial e comum às Subseções Segunda e Terceira, compostas pelas 11ª a 38ª Câmaras, as ações relativas a locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia".

Conquanto não haja contrato de fornecimento de energia elétrica vigente, é justamente esta pretensão que embasa a presente demanda.

Em casos idênticos, assim tem decidido este c. Órgão Especial:

> "Conflito negativo de competência. Ação que busca compelir a ré ao fornecimento de energia elétrica no imóvel da demandante. Inteligência do artigo 103 do Regimento Interno do E. Tribunal de Justiça de São Paulo. Competência fixada pela causa de pedir da demanda. Fornecimento de energia elétrica para particular incidência do disposto no artigo 5º, § 1º da Resolução n. 623/2013 deste Tribunal. Competência recursal da Seção do Direito Privado. Conflito de competência julgado procedente. Competência da suscitada 29ª Câmara de Direito Privado" (CC nº 0019863-39.2023.8.26.0000, rel. Márcia Dalla Déa Barone, j. em 16/08/2023).
>
> "CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de obrigação de fazer – Fornecimento de energia elétrica em loteamento irregular – Existência de precedentes deste Egrégio Órgão Especial – Aplicação do art. 5º, § 1º, da Resolução nº 623/2013 – Competência da Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado (da 11ª à 38ª Câmaras) – Conflito acolhido – PROCEDÊNCIA para reconhecer a competência da Colenda 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça/SP para conhecer e julgar o apelo interposto" (CC nº 0018932-36.2023.8.26.0000, rel. Elcio Trujillo, j. em 05/07/2023).
>
> "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de obrigação de fazer com

pedido de tutela provisória de urgência. Imóvel sem fornecimento de serviços de saneamento básico, água e esgoto. Negativa administrativa da concessionária baseada na irregularidade do loteamento. Matéria de natureza privada. Eventual irregularidade do imóvel ou presença do ente municipal no feito não alteram a competência. Precedentes. Aplicação do art. 5º, § 1º, da Resolução n°. 623/2013. Competência da Seção de Direito Privado. Fixação da competência da 14ª Câmara de Direito Privado. Conflito procedente" (CC nº 0018389-67.2022.8.26.0000, rel. Ademir Benedito, j. em 24/08/2022).

Assim, não há nada que atraia a competência da c. Câmara suscitante, integrante da Seção de Direito Público e, dessa forma, deve ser fixada a competência da 29ª Câmara de Direito Privado.

Ante o exposto, julgo procedente o conflito negativo para declarar a competência da 29ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça para processar e julgar o presente recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0025578-28.2024.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é suscitante 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitada 17ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDA A EXMA. SRA. DESª. LUCIANA BRESCIANI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.594)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, AFONSO FARO JR., JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, GOMES VARJÃO, BERETTA DA SILVEIRA e FRANCISCO LOUREIRO.

São Paulo, 21 de agosto de 2024.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PRETENSÃO DE RESPONSABILIZAR O ESTADO E O MUNICÍPIO PELO CUSTEIO DE ENERGIA ELÉTRICA PARA O FUNCIONAMENTO DE APARELHO RESPIRATÓRIO NA RESIDÊNCIA DOS REQUERENTES. QUESTÃO QUE TRANSCENDE A MERA DISCUSSÃO ACERCA DO CONTRATO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA, ABARCANDO DIREITOS FUNDAMENTAIS E A RESPONSABILIDADE ESTATAL NO OFERECIMENTO DO SERVIÇO EM COMENTO. COMPETÊNCIA DA 1ª A 13ª CÂMARAS DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 3º, I.7, ALÍNEA "B", DA RESOLUÇÃO TJSP Nº 623/2013. PRECEDENTES.
CONFLITO PROCEDENTE, COMPETENTE A 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, SUSCITANTE.

VOTO

Trata-se de Conflito de Competência suscitado pela 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO em face da 17ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, ambas deste Tribunal de Justiça, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer c.c com pedido de Indenização por Danos Materiais e Morais, proposta por *H.S.V.F.* e *N.V.V.* contra a *Fazenda Pública do Município de Ribeirão Preto*, *Fazenda Pública do Estado de São Paulo* e *Companhia Paulista de Força e Luz – CPFL*, que tramitou na Vara da Infância e Juventude e do Idoso da comarca de Ribeirão Preto.

Distribuído inicialmente o apelo da Fazenda Estadual à Câmara suscitada, foi a competência declinada ao argumento de que a distribuição se dera por prevenção ao Agravo de Instrumento nº (...), interposto pela *Companhia Paulista de Força e Luz*, insurgindo-se contra o deferimento da tutela de urgência; consigna que referido agravo havia sido distribuído originalmente à 2ª Câmara de Direito Público, que, no entanto, dele não conheceu, sendo posteriormente redistribuído à Câmara suscitada; não obstante, é a Seção de Direito Público competente para apreciar o feito, eis que se discute a responsabilidade civil do Estado para arcar com os custos requeridos na inicial, tratando-se de matéria inserida na competência da 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público, nos termos do artigo 3º, I.7 e I.13, da Resolução TJSP nº 623/2013, razão pela qual suscitou o Conflito perante o Órgão Especial desta Corte (fls. 415/423).

Tendo em vista que inexistia, até aquele instante processual, qualquer

Acesso ao Sumário

pronunciamento das Câmaras da Seção de Direito Público acerca da competência para julgamento do apelo, este Colegiado não conheceu do Conflito, nos termos do v. acórdão de fls. 429/439.

Determinada, por sua vez, a remessa dos autos à Seção de Direito Público (fls. 525/533), a Câmara suscitante não conheceu do recurso, destacando que a competência para análise do caso recai à suscitada, nos moldes do artigo 5º, § 1º da Resolução nº 623/2013, haja vista que *"ainda que envolva a presença de entes públicos no polo passivo, ante a natureza da ação que visa o fornecimento de energia elétrica (relação de consumo), a competência é da Seção de Direito Privado"* (fls. 569), motivo pelo qual suscitou- se o presente conflito (fls. 564/570).

Considerando que a questão *sub judice* não se enquadra nas hipóteses dos artigos 178 e 951 do Código de Processo Civil e do artigo 202 do RITJSP, não se abriu vista à douta Procuradoria Geral de Justiça, remetendo-se o feito diretamente à Mesa.

É o relatório.

Procede o conflito, competente a 2ª Câmara de Direito Público, suscitante, para processar e julgar o apelo.

Nos termos do artigo 103 do Regimento Interno desta Corte, que disciplina a competência jurisdicional, esta se firma *"pelos termos do* ***pedido inicial****, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la."*.

Sobre o tema cumpre transcrever a lição do eminente Ministro CEZAR PELUSO, quando ainda Desembargador nesta Corte Paulista, para quem *"É coisa velha, que, entre nós, a competência recursal se define e firma pelos termos da pretensão,* ***considerada esta como somatória da causa de pedir e do pedido****, ainda que haja reconvenção, ou ação contrária, ou tenha o réu arguido fatos ou circunstâncias capazes de modificar a mesma competência'* (JTJ 190/274)."[1] (negritei).

In casu, *H.S.V.F.* e sua esposa *N.V.V.* ajuizaram Ação de Obrigação de Fazer c.c com pedido de Indenização por Danos Materiais e Morais contra a *Fazenda Pública do Município de Ribeirão Preto*, *Fazenda do Estado de São Paulo* e *Companhia Paulista de Força e Luz – CPFL*, alegando, em síntese, que a autora *N.* padecia de Doença Intersticial Crônica com Fibrose, com uso contínuo de aparelho concentrado de oxigênio; ocorre que, inobstante tenha o Município fornecido o referido equipamento, não possuem os requerentes condições financeiras de arcar com os custos de energia elétrica gerados pelo aparelho, por serem idosos e de baixa renda, motivo pelo qual entendem que o Poder Público deve arcar com o custo do consumo do equipamento, em atenção aos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da proteção à saúde, devendo

Acesso ao Sumário

1 *Apud* Apelação Cível nº 0003407-74.2011.8.26.0601 – 13ª Câmara de Direito Público, Relator: Desembargador RICARDO ANAFE, j. 26.06.2013, DJe. 05/07/2013.

ainda ser responsabilizado por não ter providenciado anteriormente tal custeio.

Pleitearam, liminarmente, que a concessionária de energia se abstenha de interromper o fornecimento de eletricidade na residência dos autores, o custeio dos valores gastos com o aparelho médico a serem arcados solidariamente pelo Estado e Município e, ao final, pugnaram pela *"procedência integral dos pedidos da presente demanda, determinando ao Estado e ao Município o custeio do consumo de energia dos aparelhos essenciais à vida e à saúde da autora, tal como de seus acessórios ao consumo e aos juros e correção de eventual mora na quitação dos débitos proporcionais à sua obrigação; bem como determinado à CPFL que se abstenha de realizar qualquer tipo de corte de energia na residência dos autores, em virtude do risco de morte, bem como instale o medidor de consumo de energia exclusivo para o aparelho já citado, arcando as Fazendas com os custos para tal instalação"*, além da *"condenação das Fazendas Públicas ao pagamento de danos morais aos autores pelos motivos acima dispostos no valor correspondente a 7 (sete) salários mínimos"* (itens 3 e 4 do rol de pedidos – fls. 17).

Após regular instrução da ação, a r. sentença de fls. 253/265 julgou parcialmente procedentes os pedidos, tornando definitiva a tutela de emergência, afastando a alegação de ilegitimidade passiva dos entes públicos e – embora indeferida a indenização por danos materiais e morais – condenando o Estado e o Município a custearem, solidariamente, o consumo de eletricidade do aparelho respiratório, em atenção à Lei nº 10741/2003 (Estatuto do Idoso) e aos artigos 196, 198 e 230 da Constituição Cidadã, o que motivou a interposição, pela Fazenda Estadual, do Recurso de Apelação de fls. 321/339.

Diante deste quadro, percebe-se claramente que o objeto da demanda não se limita à mera discussão contratual do fornecimento de energia elétrica entre a concessionária e os requerentes, tal como defendido pela egrégia Câmara suscitante, eis que atinge uma dimensão muito mais ampla, abarcando a responsabilidade estatal na manutenção de equipamento médico vital à saúde de um dos autores, com esteio nos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da proteção à saúde, bem como no dever de reparação por eventual falha na prestação do serviço em comento.

Destarte, possui a questão natureza pública, sendo competente para dirimir o litígio a 1ª a 13ª Câmaras da Seção de Direito Público, ao teor do que dispõe o artigo 3º, I.7, alínea "b", da Resolução nº 623/2013 deste Sodalício, que assim disciplina:

> *"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*

Acesso ao Sumário

das seguintes matérias:

(...)

I.7 – Ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos:

(...)

b. extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução;"

Neste sentido, precedente deste colendo Órgão Especial envolvendo situação idêntica, *verbis*:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO DE PÚBLICO E PREFEITURA MUNICIPAL. APLICAÇÃO DO ART. 3º, I.7, ALÍNEA B, DA RESOLUÇÃO 623/2013, QUE REUNIU E SISTEMATIZOU OS ATOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS QUE DISCIPLINAM A COMPETÊNCIA ENTRE AS SEÇÕES DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA, E DISPÕE SER DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO O JULGAMENTO DAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, COMPREENDIDAS AS DECORRENTES DE ILÍCITOS: EXTRACONTRATUAIS DE CONCESSIONÁRIAS E PERMISSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO, QUE DIGAM RESPEITO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. FIXADA A COMPETÊNCIA DA 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO."

(Conflito de Competência nº 0035846-88.2017.8.26.0000; Relator: MÁRCIO BARTOLI; Data do Julgamento: 27/09/2017; Data de Registro: 17/10/2017).

Oportuna, aliás, a transcrição de trecho do voto de relatoria do eminente Desembargador MÁRCIO BARTOLI, que bem ilustra a hipótese dos autos:

"Assim, tendo em vista a necessidade de se verificar do pedido da inicial da ação o estabelecimento da competência, importante destacar que, conforme a narrativa exposta na ação de indenização, pretende a requerente não apenas o adimplemento de contrato de prestação de serviços de energia elétrica, mas, especialmente, a obtenção de indenização e a responsabilização da municipalidade de custear o fornecimento de energia elétrica para sua residência, em razão de suas condições financeiras e de saúde.

Nesse contexto, em que se pleiteia o estabelecimento da obrigatoriedade do fornecimento de energia elétrica pelo Município de Taquaritinga, além da concessão de indenização por danos morais em virtude do ilegal desligamento, forçoso reconhecer a competência da Seção de Direito Público para julgamento da demanda. Deve ser afastada, portanto, a incidência do disposto no § 2º do art. 5º da Resolução 623/2013, haja vista que o conteúdo da demanda transcende a mera relação contratual de prestação de serviço de fornecimento de energia elétrica, sendo aplicável o disposto no art. 3º, I.7, alínea b, da Resolução 623/2013."

Outrossim, registre-se que tais casos são decididos com frequência nas

Acesso ao Sumário

Câmaras de Direito Público, conforme se depreende dos recentes julgados a seguir:

> *"APELAÇÃO – Pretensão de custeio de 70% dos gastos com energia elétrica por parte de pessoa portadora de Fibrose Pulmonar Idiopática, submetida a tratamento de oxigenoterapia, em sistema de homecare, com considerável aumento no consumo da energia elétrica em razão do tratamento – Dever do Estado de arcar com a energia elétrica utilizada para o funcionamento da aparelhagem em questão, haja vista a latitude do direito à saúde, como reconhecido na Constituição Federal – Apelação da Fazenda do Estado cujo objeto gira em torno da fatura relativa ao mês coincidente com aquele em que faleceu o paciente – Aplicação da regra do artigo 111 da CE, cabendo trazer a lume o brocardo jurídico segundo o qual minimis non curat praetor – Sentença mantida – Recurso desprovido."*
>
> (TJSP; Apelação Cível nº 1001383-90.2022.8.26.0368 – 7ª Câmara de Direito Público; Relator: LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA; Data do Julgamento: 08/04/2024; Data de Registro: 08/04/2024).
>
> *"Apelação. Remessa Necessária. Demanda condenatória. Autor portador de doença grave. Fornecimento de energia elétrica para manutenção de aparelho de respiração BIPAP. I. Direito à saúde. Dever solidário entre entes federativos inscrito nos artigos 6º e 196 da CF/88. Cabimento da intervenção jurisdicional com o fito de assegurar o exercício de direito fundamental pelo autor. Precedentes. II. Ausência de responsabilidade do autor na adequação do poste padrão para a instalação de segundo relógio medidor. CPFL que deve arcar com os custos acessórios para o cumprimento integral da determinação judicial. Hipossuficiência que, se não levada em consideração, poderia implicar em violação ao direito à saúde. Sentença mantida. Recursos improvidos."*
>
> (TJSP; Apelação/Remessa Necessária nº 1016947-88.2019.8.26.0506 – 3ª Câmara de Direito Público; Relatora: PAOLA LORENA; Data do Julgamento: 20/03/2024; Data de Registro: 20/03/2024).
>
> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional para o custeio de energia elétrica para funcionamento de nebulização contínua com oxigênio. Recurso do Município de Barretos. Requisitos do fundamento relevante e do risco de dano irreparável ou de difícil reparação presentes. Prestígio à preservação do direito à saúde, nos termos do art. 6º, caput e 196 da Constituição Federal. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO."*
>
> (TJSP; Agravo de Instrumento nº 2298912-48.2022.8.26.0000 – 8ª Câmara de Direito Público; Relator: ANTONIO CELSO FARIA; Data do Julgamento: 11/04/2023; Data de Registro: 11/04/2023).

Por fim, nem se alegue eventual competência da Câmara suscitada pela prevenção no julgamento do recurso de Agravo de Instrumento nº 2276394-35.2020.8.26.0000, interposto pela *Companhia Paulista de Força e Luz* em virtude do deferimento da liminar nos autos originários, pois tal fato não a torna

Acesso ao Sumário

preventa, de maneira que *"existindo, como acima consignado, competência pela matéria, de natureza absoluta, sobrepõe-se à prevenção, de caráter relativo."*[1].

Portanto, de rigor o reconhecimento da competência da Câmara suscitante, em consonância com o artigo 3º, I.7, alínea "b", da Resolução TJSP nº 623/2013.

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** o presente Conflito, declarando a competência da colenda 2ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, suscitante, para processar e julgar o recurso.

Crimes de Calúnia, Injúria e Difamação

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Crimes de Calúnia, Injúria e Difamação de Competência do Juiz Singular nº 2001110-63.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são querelantes (...) e (...), é querelada (...) (DEPUTADA ESTADUAL).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM A QUEIXA-CRIME V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.851)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, AFONSO FARO JR., JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, PAULO AYROSA, LUIS SOARES DE MELLO, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES e FIGUEIREDO GONÇALVES.

São Paulo, 24 de julho de 2024.

LUCIANA ALMEIDA PRADO BRESCIANI, Relatora

Ementa: Queixa-crime – Imputação a Deputada Estadual da suposta prática de crimes de difamação contra o primeiro querelante e de calúnia contra o segundo – Publicação em rede social que sequer men

Acesso ao Sumário

1 TJSP – Conflito de Competência nº 0028974-47.2023.8.26.0000 – Órgão Especial; Relator: Desembargador EVARISTO DOS SANTOS; Data do Julgamento: 30/08/2023; Data de Registro: 03/09/2023.

ciona o nome dos querelantes, limitando-se a narrar episódio ocorrido no Instituto de Física da Universidade de São Paulo – Fala da querelada que relata a ação de um coletivo feminista estudantil, que teria barrado "a homologação de um concurso que visava a contratação de um professor acusado de assédio moral e sexual no exterior", com referência de que "há indícios, de acordo com informações do coletivo, de que esse concurso tenha sido feito para beneficiar interesses particulares de um dos participantes e de seus familiares que trabalhavam ali" – Alegada violação do princípio da indivisibilidade da ação penal privada não configurada na espécie, pois demais participantes do vídeo nada afirmaram em relação aos querelantes – Inexistência de dolo específico de difamar e caluniar os querelantes, sequer nominados na publicação – Publicação intimamente ligada ao exercício da atividade parlamentar, objetivando, precipuamente, exaltar a mobilização dos estudantes do Instituto de Física sob a ótica da visão política Deputada, que integra a bancada feminista – Incidência da imunidade material conferida pelos artigos 14, caput, e 53 da Constituição Federal, bem ainda 27, § 1.º, da Constituição Estadual – Ausência de justa causa manifesta – Hipótese de rejeição da queixa-crime, conforme doutrina e precedentes – Processo extinto com base no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal – Queixa-crime rejeitada.

VOTO

Cuida-se de queixa-crime ajuizada por (...) e por (...) em face de (...) alegando, em síntese, que a querelada, que é Deputada Estadual, teria cometido os crimes de difamação contra o primeiro querelante e de calúnia contra o segundo, postulando sua condenação *"pela prática dos crimes previstos nos artigos 138 e 139, na forma do artigo 70, última parte, ambos combinados com o artigo 141, § 2º, todos do Código Penal, sem prejuízo das medidas políticas adotadas no artigo 16, inciso VI da Constituição Estadual do Estado de São Paulo"*. Sustentam os querelantes que a Deputada, em publicação realizada na rede social *Instagram*, afirmou, em relação a (...), que *"Esse é o recado que as mulheres do Coletivo Feminista Amélia Império do Instituto de física da USP deram ao barrar a homologação de um concurso que visava a contratação de um professor acusado de assédio moral e sexual no exterior"*, argumentando que a Universi-

Acesso ao Sumário

dade de São Paulo teria procedido a uma apuração detalhada, na qual não restou comprovada a prática de nenhum dos atos que lhe foram imputados pela querelada. Em relação a (...), a querelada afirmou que *"Além disso, há indícios, de acordo com informações do coletivo, de que esse concurso tenha sido feito pra beneficiar interesses particulares de um dos participantes e de seus familiares que trabalhavam ali"*, sugerindo a prática de algum dos crimes tipificados nos artigos 311-A e 319, ambos do Código Penal. Argumentam que sua conduta *"... ultrapassou as paredes da casa legislativa em que a querelada atua, de forma que não há imunidade absoluta em suas palavras proferidas além desta casa"*, aduzindo que o direito à liberdade de expressão não é absoluto e que estaria caracterizado concurso formal impróprio dos crimes.

A querelada foi citada e apresentou defesa alegando, em resumo, que não houve excesso nas palavras proferidas, limitadas a narrar o episódio sem expor os querelantes, sequer citados, de modo que plenamente albergadas pela garantia de imunidade parlamentar. Aduziu que o vídeo publicado contou com a participação de mais 3 pessoas, contrariando o princípio da indivisibilidade da ação penal privada, conforme artigo 48 do Código de Processo Penal, postulando a rejeição da peça acusatória (fls. 79/91).

Após a réplica (fls. 105/114), sobreveio parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça opinando pela rejeição da queixa-crime por falta de justa causa para a propositura da ação penal, argumentando que os fatos narrados na inicial são protegidos pela imunidade parlamentar e que não houve qualquer excesso por parte da querelada, que sequer mencionou o nome dos apelantes em sua publicação. Quanto ao polo passivo, recomendou a rejeição da alegada inobservância do princípio da indivisibilidade, pois as demais participantes do vídeo não foram identificadas (fls. 118/126).

É o relatório.

A queixa-crime deve ser rejeitada.

A fala reputada como caluniosa e difamatória da Deputada (...) foi proferida nos seguintes termos[1]:

Assediadores não devem ter espaço no ambiente acadêmico e nem escolar. Esse é o recado que as mulheres do Coletivo Feminista Amélia Império do Instituto de física da USP deram ao barrar a homologação de um concurso que visava a contratação de um professor acusado de assédio moral e sexual no exterior. Além disso, há indícios, de acordo com informações do coletivo, de que esse concurso tenha sido feito para beneficiar interesses particulares de um dos participantes e de seus familiares que trabalhavam ali.

As outras três participantes do vídeo afirmaram, sequencialmente, o seguinte:

Nós da bancada feminista saudamos a mobilização das estudantes do Instituto. Se não fosse a ação direta de enfrentamento, colocando mais de cem pessoas na porta da reunião que efetivaria a contratação, alunas e pesquisadoras de todo o país pode-

Acesso ao Sumário

1 https://drive.google.com/drive/folders/1Kr7rBhqW5lteAuWuIhlg5aXqqTLmCdgI

riam estar com suas vidas e carreiras ameaçadas.

Elas obtiveram uma grande vitória ao fazerem com que a decisão fosse adiada. No entanto, a briga ainda não acabou, pois, a contratação ainda pode ocorrer. Os desafios são enormes para as mulheres pesquisadoras, principalmente em áreas tradicionalmente masculinas como a física.

A nossa luta pela igualdade passa por termos espaços de trabalho livres da opressão. Nossos mandatos da bancada feminista, junto com a nossa juventude do "Afronte!", seguiremos acompanhando o caso. Daremos suporte e a visibilidade necessários. Temos que estar unidas contra qualquer forma de machismo institucional.

Pois bem.

Ao comentar o artigo 48 do Código de Processo Penal, Guilherme de Souza Nucci explica que o princípio da indivisibilidade:

... obriga o ofendido a ajuizar ação penal contra todos os agressores que tenham, juntos, cometido o delito. Tal disposição tem por fundamento evitar que a vítima escolha a pessoa a ser punida, passando a ocupar uma posição inadequada de vingador, além de poder conseguir vantagens com a opção feita (deixa de ajuizar ação contra um, que lhe pagou por isso, por exemplo). Alerta Noronha que 'pode acontecer que um ou outro não sejam conhecidos. Isso, como na denúncia, não impedirá a ação contra os demais. Se, depois de oferecida a queixa, apurar-se quais os outros coautores, deverá o querelante aditá-la com referência a estes' (Curso de direito processual penal, p. 35). Se não o fizer, deve o Ministério Público, zelando pela indivisibilidade da ação penal, provocar o aditamento – o que não significa aditar em lugar ao querelante. Caso, ainda assim, o particular deixe de incluir na demanda um dos coautores, deve o promotor pedir que o juiz reconheça a ocorrência da renúncia com relação a todos, extinguindo-se a punibilidade[2].

Respeitado o entendimento da culta Procuradoria Geral de Justiça, no sentido de que *"só há sentido em falar em indivisibilidade em relação aos agentes responsáveis pela conduta que sejam conhecidos"* (fls. 125), constata-se que as demais participantes do vídeo integram a Bancada Feminista do PSOL, organizada sob a forma de mandato coletivo, de modo que poderiam ser facilmente identificadas suas identidades.

No entanto, conforme as transcrições acima, as outras três pessoas que participaram do vídeo nada afirmaram a respeito dos querelantes, limitando-se a tecer considerações sobre a atuação dos estudantes do Instituto de Física da Universidade de São Paulo no episódio referido. Não se vislumbra, portanto, violação ao princípio da indivisibilidade.

Com relação à Deputada querelada, manifesta a atipicidade da conduta que deu causa ao ajuizamento da ação, por ausência de dolo específico.

Com relação a (...), a querelada referiu a ele como *"... um professor acusado de assédio moral e sexual no exterior"*, sem nominá-lo. Não se vislumbra, de fato, em sua fala, a configuração do *animus diffamandi*, na medida em que houve mera narração do fato a ele imputado.

2 Nucci, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p 172.

O professor Cezar Roberto Bitencourt, ao comentar o elemento subjetivo do crime de difamação, elucida que:

O elemento subjetivo do crime de difamação é o dolo de dano, que se constitui da vontade consciente de difamar o ofendido imputando-lhe a prática de fato desonroso; é irrelevante tratar-se de fato falso ou verdadeiro, e é igualmente indiferente que o sujeito ativo tenha consciência dessa circunstância. O dolo pode ser direto ou eventual.

Não há animus diffamandi *na conduta de quem se limita a analisar e argumentar sobre dados, fatos, elementos, circunstâncias, sempre de forma impessoal, sem personalizar a interpretação. Na verdade, postura comportamental como essa não traduz a intenção de ofender, a exemplo de todas as hipóteses que referimos relativamente à calúnia.*

Além do dolo, é indispensável o animus diffamandi*, elemento subjetivo especial do tipo, como ocorre em todos os crimes contra a honra. A difamação também exige o especial fim de difamar, a intenção de ofender, a vontade de denegrir, o desejo de atingir a honra do ofendido. A ausência desse especial fim impede a tipificação do crime. Por isso, a simples idoneidade das palavras para ofender é insuficiente para caracterizar o crime, como ocorre, em determinados setores da sociedade, com o uso de palavras de baixo nível, por faltar-lhes o propósito de ofender.*

Em verdade pode existir uma série de animus que excluem a 'responsabilidade penal' do agente: animus jocandi *(intenção jocosa, de caçoar);* animus consulendi *(intenção de aconselhar, advertir), desde que tenha dever jurídico ou moral de fazê-lo;* animus corrigendi *(intenção de corrigir), desde que haja a relação de autoridade, guarda ou dependência, exercida em limites toleráveis;* animus defendendi *(intenção de defender), que, em relação à injúria e difamação, é excluído expressamente pelo art. 142, I, do CP e pelo Estatuto da OAB (art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/94). Enfim, qualquer animus que, de alguma forma, afaste o* animus offendendi *exclui o elemento subjetivo do crime. Todas essas hipóteses relacionam-se melhor à injúria e à difamação, pois, no crime de calúnia, a exigência da consciência de que a imputação é falsa afasta a própria tipicidade.*[3]

Igualmente, em relação a (...), cujo nome tampouco foi referido na fala da querelada, verifica-se mero intuito de narração, pois afirmado apenas que *"... há indícios, de acordo com informações do coletivo, de que esse concurso tenha sido feito para beneficiar interesses particulares de um dos participantes e de seus familiares que trabalhavam ali"*.

Ademais, não é possível extrair da fala qualquer imputação específica ao querelante (...), mormente considerando que a cogitada constituição de banca de concurso favorável à aprovação de seu filho seria fato atribuível a terceiro, qual seja, o gestor responsável pela nomeação de seus integrantes.

Não bastasse a atipicidade das condutas, é certo que a fala da parlamentar está albergada pela imunidade que lhe é conferida pelos artigos 14, *caput*, e 53 da Constituição Federal, bem ainda 27, § 1.º, da Constituição Estadual. Ora, não se sustenta a afirmação de que a manifestação supostamente ofensiva à honra

Acesso ao Sumário

3 Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial 2: crimes contra a pessoa. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 447.

dos querelantes não teria sido realizada no contesto de seu mandato legislativo, sendo irrelevante que não tenha sido proferida dentro das *"... paredes da casa legislativa em que a querelada atua"*.

Pertinente a transcrição da qualificada doutrina do Ministro Alexandre de Moraes sobre a questão (grifei):

Em síntese, a imunidade material é prerrogativa concedida aos parlamentares para o exercício de sua atividade com a mais ampla liberdade de manifestação, por meio de palavras, discussão, debate e voto; trata-se, pois, a imunidade, de cláusula de irresponsabilidade funcional do congressista, que não pode ser processado judicial ou disciplinarmente pelos votos que emitiu ou pelas palavras que pronunciou no Parlamento ou em uma de suas comissões.

A imunidade parlamentar material só protege o congressista nos atos, palavras, opiniões e votos proferidos no exercício do ofício congressual, sendo passíveis dessa tutela jurídico-constitucional apenas os comportamentos parlamentares cuja prática possa ser imputável ao exercício do mandato legislativo. A garantia da imunidade material estende-se ao desempenho das funções de representante do Poder Legislativo, qualquer que seja o âmbito dessa atuação parlamentar ou extraparlamentar, desde que exercida ratione muneris.

Portanto, a prerrogativa constitucional da imunidade parlamentar, em sentido material, protege o parlamentar em todas as suas manifestações que guardem relação com o exercício do mandato, ainda que produzidas fora do recinto da própria Casa Legislativa, ou, com maior razão, quando exteriorizadas no âmbito do Congresso Nacional.

(...)

A imunidade material exige relação entre as condutas praticadas pelo parlamentar e o exercício do mandato. Assim, haverá integral aplicabilidade dessa inviolabilidade, desde que as palavras, votos e opiniões decorram do desempenho das funções parlamentares, e não necessariamente exige-se que sejam praticadas nas comissões ou no plenário do Congresso Nacional.

Ainda que as manifestações dos parlamentares sejam feitas fora do exercício estrito do mandato, mas em consequência deste, estarão abrangidas pela imunidade material.[4]

Conforme o bem lançado parecer do Ministério Público, é inequívoco que a publicação realizada está intimamente ligada ao exercício da atividade parlamentar, objetivando, precipuamente, exaltar a mobilização dos estudantes do Instituto de Física sob a ótica da visão política Deputada. Como bem ponderado no judicioso parecer lançado nos autos, *"...a querelada integra a bancada feminista, de forma que o discurso tido como ofensivo pelos querelantes guarda estreita relação com a área de atuação à qual se dedica e que interessa à parcela significativa de seus eleitores"*.

Por todos esses fundamentos, evidenciada a ausência de justa causa para ação penal, impondo-se a rejeição da queixa.

Acesso ao Sumário

4 Moraes, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 8. ed. – São Paulo: Atlas, 2011. p. 968/970.

Nesse sentido, precedentes desse Órgão Especial:

Queixa-crime. Querelado, Deputado Estadual. Imputação: crime de difamação que teria sido veiculado por rede social (instagram). Hipótese de rejeição liminar da queixa. ausência de justa causa para o exercício da ação penal, à luz da imunidade parlamentar material (Art. 14 da Constituição Estadual e art. 53 da Constituição Federal). Precedentes do Supremo tribunal e desta corte. divergências políticas que, mesmo quando externadas fora da casa legislativa, encontram amparo na prerrogativa política do parlamentar, especialmente em razão do nexo aqui evidente com o exercício do seu mandato. Rejeição da queixa crime, nos termos do art. 395, III do código de processo penal (Crimes de Calúnia, Injúria e Difamação de Competência do Juiz Singular n.º 2071542-44.2023.8.26.0000; Relator: Campos Mello; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo; Data do Julgamento: 23/08/2023; Data de Registro: 24/08/2023).

QUEIXA-CRIME – CALÚNIA – QUERELADO QUE É DEPUTADO ESTADUAL – APONTADA VEICULAÇÃO DE VÍDEO EM REDE SOCIAL E ULTERIOR DIVULGAÇÃO DE DOSSIÊ CONTENDO DADOS DE GRUPO DE PESSOAS EM QUE ESTARIA INSERIDO O QUERELANTE, ÀS QUAIS SE ATRIBUIRIA PARTICIPAÇÃO EM GRUPOS ANTIFASCISTAS – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA DEFLAGRAÇÃO DA AÇÃO PENAL – INEXISTÊNCIA DE CONDUTA PRATICADA PELO QUERELADO ESPECIFICAMENTE DIRIGIDA AO QUERELANTE – DOLO DE DANO NÃO CONFIGURADO – PRECEDENTES – QUEIXA REJEITADA (Crimes de Calúnia, Injúria e Difamação de Competência do Juiz Singular n.º 0014108-05.2021.8.26.0000; Relator: Francisco Casconi; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central Criminal Barra Funda – Vara do Juizado Especial Criminal; Data do Julgamento: 20/10/2021; Data de Registro: 22/10/2021).

QUEIXA-CRIME. Itapira. Deputado Estadual. Entrevista concedida via rede social. Crime contra a honra. Difamação. CP, art. 139. Imunidade parlamentar. – 1. Crimes contra a honra. Dolo específico. Para a configuração dos crimes tipificados nos art. 138 a 140 do Código Penal se exige a presença do ânimo deliberado de ofender a honra alheia, isto é, o dolo específico. Precedentes do STJ. – 2. Entrevista via rede social. Não se extrai das declarações do querelado o dolo específico de ofender a honra do querelante, senão manifestação sobre situação controvertida e com evidente apelo político envolvendo o plantio de espécimes arbóreos considerados danosos ao meio ambiente. A forma como o querelado se refere às árvores, associando-as ao nome do querelante, denota figura de linguagem jocosa frequentemente utilizada no debate político, sem que isso desborde para a grave esfera criminal. – 3. Imunidade parlamentar. O querelado exerce atualmente o mandato de Deputado Estadual e se encontra revestido pela imunidade assegurada aos parlamentares estaduais; e não há como ignorar que se encontrava no exercício de atividade político-parlamentar ao se manifestava sobre questões afetas à administração do município que é considerado um de seus redutos eleitorais. Ausência de tipicidade e de justa causa para o exercício da ação penal. Inteligência do art. 395, III do CPP. – Queixa-crime rejeitada liminarmente (Crimes de Calúnia, Injúria e Difamação de Competência do Juiz Singular n.º 0006278-22.2020.8.26.0000; Relator: Torres de Carvalho; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Itapira – Juizado Especial Cível e Criminal; Data do Julgamento: 31/03/2021; Data de Registro: 05/04/2021).

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, pelo meu voto, rejeito a queixa-crime e extingo o processo com base no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal. Custas pelos querelantes.

Para fins de prequestionamento se tem por inexistente violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional invocado e pertinente à matéria em debate.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 2321215-22.2023.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante PREFEITA DO MUNICÍPIO DE TEODORO SAMPAIO, é embargado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TEODORO SAMPAIO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50881)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), GOMES VARJÃO, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO e AFONSO FARO JR.

São Paulo, 14 de agosto de 2024.

JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Ausência de vícios sanáveis pela via dos embargos, notadamente as alegadas omissões – Acórdão devidamente fundamentado, não havendo óbices a eventual acesso às instâncias superiores – Embargos de declaração rejeitados.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO.

1. Trata-se de embargos de declaração (fls. 1/4 do presente incidente n.º 50000) opostos pela PREFEITA MUNICIPAL DE TEODORO SAMPAIO, contra o v. acórdão (fls. 111/119 dos autos em apenso), de Relatoria do Eminente Desembargador, Tasso Duarte de Melo, que julgou improcedente a ADI.

2. A embargante sustenta, em apertado resumo, que o v. acórdão se omitiu acerca de inexistência de estimativa de impacto orçamentário e financeiro, o que acarretaria a inconstitucionalidade da lei municipal, que não decorre do advento do art. 113 da ADCT. Isso porque, embora inaplicável o teor do art. 113 da ADCT, mesmo antes deste dispositivo, a ausência de estudo de impacto orçamentário acarretava a inconstitucionalidade da lei por violação da legalidade e gestão fiscal responsável, exigências a serem preservadas para a deflagração de projeto legislativo dessa natureza. No ponto, argumenta pela exigência constante da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000), promulgada nos moldes do art. 163, I, da Carta Magna, atendendo à vedação constante do art. 176, *caput*, I e II, da Constituição Estadual. No mais, sustenta que v. acórdão igualmente foi omisso quanto à aplicação da interpretação conforme ao do art. 3º da lei municipal, para que tenha vigência apenas em relação à CDHU, exclusivamente, e tão somente ao período enquanto vigeu o convênio estabelecido entre o Município e a CDHU. Desta forma, reputa necessária a correção do dispositivo do acórdão para suprir a omissão acerca da ausência estimativa do impacto orçamentário financeiro, a fim de viabilizar o Recurso Extraordinário ao C. STF, acerca da matéria. Diante de todo o exposto, requer sejam os presentes embargos de declaração acolhidos para o fim de que sejam supridos os pontos omissos, especialmente acerca da ausência estimativa do impacto orçamentário financeiro e para dar interpretação conforme à lei municipal para que tenha vigência apenas à CDHU e, exclusivamente, e tão somente ao período enquanto vigeu o convênio estabelecido entre o Município e a CDHU.

FUNDAMENTOS.

3. Recebo os embargos, pois tempestivos, porém os rejeito, pois não há vícios sanáveis pela via dos embargos, notadamente as alegadas omissões.

4. Pois bem.

5. Consignou-se no v. acórdão embargado, de lavra do Eminente Desembargador, Tasso Duarte de Melo, em redação cristalina, o seguinte:

> "No caso dos autos, a ADI foi proposta contra o art. 3º da Lei Municipal de Teodoro Sampaio n.º 1.454/06, na parte que concede isenção tributária à Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU.
>
> Pois bem. Quaisquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderão ser concedidos mediante lei estadual específica,

Acesso ao Sumário

nos termos do art. 163, § 6º, da CE, com redação dada pela EC n.º 21/06.

É dizer, "**As isenções estão sob a reserva absoluta de lei específica da entidade competente para criação do tributo. Só lei poderá instituí-las**" (Francisco Leite Duarte. *Direito tributário*: teoria e prática. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, livro eletrônico, destacou-se).

Ora, na hipótese a isenção foi concedida em lei específica, que dispõe sobre convênios entre o Município e a CDHU, inexistindo nulidade, pois ausente a 'inserção de artifícios maliciosos, no bojo de uma lei, de matérias que a Constituição reputa relevantes' (Claudio Carneiro. *Curso de direito tributário e financeiro*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020).

Ademais, inaplicável o teor do art. 113 da ADCT, segundo o qual a proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro.

Isso porque, a disposição constitucional transitória foi incluída pela EC n.º 95, de 15.12.16, e a lei impugnada foi promulgada mais de dez anos antes, em 28.03.06, sendo certo que "**a inconstitucionalidade é sempre congênita, nunca superveniente**" (fl. 99 do parecer ministerial, destacou-se).

Nesta medida, a hipótese poderia ser, em tese, de não recepção. Todavia, o convênio foi rescindido em 20.04.13 (fl. 80), antes da promulgação da Emenda Constitucional, também a demonstrar o *distinguishing* em relação ao entendimento do C. STF no julgamento da ADI 6.303-RR, com repercussão geral.

Por sua vez, a petição inicial sustenta que (a) o Município tem sido demandado por sociedades do setor privado e (b) houve violação à Lei de Responsabilidade Fiscal.

Todavia, a ADI é processo objetivo, que somente admite norma constitucional como parâmetro de controle e está desvinculado de questões individuais ou coletivas, cujas pretensões residuais, *e.g.* eventual violação à lei infraconstitucional, em tese, devem ser deduzidas nas vias ordinárias." (Grifos e destaques originais)

6. Tais destaques já seriam suficientes para a rejeição dos presentes aclaratórios.

7. Todavia, faz-se importante reforçar que a autora tece críticas à mencionada lei, notadamente em relação ao seu art. 3º, segundo o qual, "**Ficam isentos de tributos municipais os bens imóveis, móveis e os serviços integrantes do empreendimento que a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU implantar neste Município, até a comercialização do referido Conjunto Habitacional, devendo após a Municipalidade lançar os referidos impostos em face dos mutuários beneficiados**", sob o argumento de que a isenção de receitas tributárias se submete ao princípio de legalidade estrita (lei específica), observância da isonomia e exigência de impacto orçamentário, sob pena de inconstitucionalidade.

8. Ocorre que, tal qual mencionado no referido dispositivo legal

Acesso ao Sumário

discutido, a referida isenção de tributos municipais em favor da CDHU foi especificamente delimitada ao período de implantação do empreendimento habitacional no Município de Teodoro Sampaio, até a comercialização do referido Conjunto Habitacional, dado que, após, a Municipalidade passou a lançar os referidos impostos em face dos mutuários beneficiados.

9. Assim, a autora, ora embargante, em verdade, pretende o reconhecimento de inconstitucionalidade inexistente, sobretudo em decorrência de fatores recentes e não presentes quando o Poder Executivo firmou o Convênio com a CDHU, ao enfatizar que o Município tem sido demandado por sociedades do setor privado.

10. No ponto, não há falar em omissão no julgado, vejamos:

"Por sua vez, a petição inicial sustenta que (a) o Município tem sido demandado por sociedades do setor privado e (b) houve violação à Lei de Responsabilidade Fiscal.

Todavia, a ADI é processo objetivo, que somente admite norma constitucional como parâmetro de controle e está desvinculado de questões individuais ou coletivas, cujas pretensões residuais, e.g. eventual violação à lei infraconstitucional, em tese, devem ser deduzidas nas vias ordinárias."

11. Ainda, diferentemente do quanto disposto na petição inicial, a CDHU é uma empresa púbica estadual, integrante da administração pública indireta do Estado de São Paulo e, como tal, presta um serviço que se reveste de caráter público, de prestação exclusiva e obrigatória do Estado, e, como bem observado pelo Eminente Relator antecessor, *"até mesmo as razões sobre a (im)possibilidade da CDHU gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado (CF, art. 173, § 2º) indicam violações meramente indiretas ou reflexas do texto constitucional, sendo necessário o exame das pretensões deduzidas em concreto pelas sociedades privadas"*.

12. De mais a mais, os embargos de declaração não são o meio adequado para perseguir a reforma de decisões judiciais (AgReg no Ag 640.819/PR – Rel. Min. Sidnei Beneti – Dje 8.10.2008), anotada a lição de Pontes de Miranda, de que nos embargos declaratórios – nos quais não se respondem questionários ou indagações da parte recorrente, *"o que se pede é que se declare o que foi decidido, porque o meio empregado para exprimi-lo é deficiente ou impróprio. Não se pede que se redecida; pede-se que se reexprima"* (Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, Tomo VII, pág. 400).

13. Nestes moldes, tendo sido devidamente motivado o entendimento esposado por este colendo Órgão Especial, eventual acesso às vias extraordinárias não restará prejudicado.

14. Registro que nova oposição de embargos com as mesmas razões será apenada com multa por recurso protelatório, consignando que embargos declaratórios não são o meio adequado para sanar eventual *error in judicando*.

Acesso ao Sumário

15. Diante do exposto, pelo meu voto, REJEITO os embargos de declaração opostos, nos termos da fundamentação supra.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2102105-84.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante ALESSANDRO GONZAGA DE FREITAS e paciente IZABELLA COSTA DOS SANTOS, é impetrado PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 37159)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, AFONSO FARO JR., JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, ÁLVARO TORRES JÚNIOR, CORREIA LIMA, EUVALDO CHAIB, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES e MARCIA DALLA DÉA BARONE.

São Paulo, 3 de julho de 2024.

SILVIA ROCHA, Relatora

Ementa: – *Habeas Corpus* Criminal – Impetração em virtude de recusa à celebração de acordo de não persecução penal pelo Ministério Público, sem o cumprimento da condição de reparação do dano pela paciente – A reparação do dano à vítima é condição essencial para a celebração do acordo de não persecução penal, tratando-se de crimes patrimoniais – Embora a parte final do art. 28-A, inc. I, do CPP, abra exceção à impossibilidade de reparação do dano, tal circunstância não foi cabalmente demonstrada pela paciente – Recusa devidamente fundamentada – Oferecer acordo é prerrogativa do Ministério Público, não direito subjetivo do acusado – Precedentes do STF, do STJ

Acesso ao Sumário

e deste Órgão Especial, em casos análogos – Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Izabella Costa dos Santos, sob a alegação de estar sendo constrangida ilegalmente pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, por lhe ter oferecido acordo inviável de não persecução penal, nos autos da ação penal nº 1504307-35.2021.8.26.0050, em trâmite perante a 5ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo.

O impetrante sustenta que: a) a paciente está sofrendo constrangimento ilegal, porque ela preenche todos os requisitos legais para realização do acordo de não persecução penal, uma vez que o delito do qual foi acusada tem pena inferior a quatro anos, não foi praticado com violência nem grave ameaça e há confissão da prática dos fatos, mas, ainda assim, o *Parquet* inviabilizou o acordo, ao oferecer a proposta, em 29.8.2022, sob a condição de ela devolver R$ 47.689,99; b) houve pedido de reconsideração, diante da impossibilidade financeira da paciente, mas o Ministério Público não reconsiderou a proposta, afirmando que "O texto legal é expresso ao exigir a reparação do dano como condição para o ANPP." (fl. 2); c) a lei prevê exceção à reparação do dano, quando o indiciado não tiver condições de fazê-lo, como ocorre na hipótese dos autos, pois a paciente é pessoa de parcos recursos, com salário inferior a R$ 2.000,00, conforme prova documental (fl. 27), e informou sobre a sua impossibilidade de reparar o dano, o que deu ensejo ao pedido de remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, mas, ele também entendeu não haver nenhuma irregularidade na proposta formulada pelo Ministério Público, aduzindo que "a formulação do acordo de não persecução penal consiste na criação de um âmbito de discricionariedade regrada, rigorosamente admissível em nosso Direito Processual. Trata-se de regular um círculo ou âmbito objetivo dentro do qual sejam eficazes os juízos de oportunidade, como, por exemplo, exigir 'que o prejudicado pelo delito seja satisfatoriamente indenizado pelos danos e prejuízos que a conduta delitiva lhe tenha causado, ou que os responsáveis pelo delito não sejam reincidentes'" (fl. 3); d) o art. 28-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.964/19, estabelece como requisito para propositura do acordo de não persecução penal a reparação do dano pelo investigado, mas o inciso I do mesmo artigo trata da exceção, tendo o legislador deixado claro que a impossibilidade de reparar o dano não exclui a possibilidade de realização do acordo, de modo que o aplicador do direito não pode, simplesmente, ignorar tal determinação, já que a impossibilidade de a paciente reparar o dano está devidamente demonstrada, e, além disso, o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal estabelece que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"; e) a manutenção da proposta, como foi oferecida pelo Ministério Público, é inadequada e abusiva, já que há clara violação da lei, pois o fato de a

Acesso ao Sumário

paciente não ter condições de restituir a vultosa quantia ao Itaú Unibanco foi o motivo para dar andamento ao processo, ou seja, ela "será processada porque não teve dinheiro para fazer um acordo, o que transmite a errônea mensagem a sociedade de alguém está sendo processado simplesmente por que não tem condições de pagar um acordo, ou em outras palavras, 'se fosse rica nem seria processada', como vulgarmente e equivocadamente se ouve" (*sic*, fl. 4); f) o art. 28-A do CPP estabelece como um dos requisitos do ANPP sua necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime, mas, tais elementos são inaplicáveis, porque o Direito Penal tem como um dos seus pilares o princípio da taxatividade, corolário da legalidade, que proíbe disposições penais vagas, e, neste caso, a lei não especificou quais são os critérios para avaliação da necessidade e da suficiência, não havendo nenhum parâmetro definido para tanto, de forma que a eleição de algum critério, face à omissão legal, corresponde a vedada analogia em desfavor da paciente; g) "ainda que aplicássemos os critérios da necessidade e suficiência, certo é que o valor supostamente subtraído do Itaú Unibanco, por si só, não demonstra ser o acordo insuficiente para reprovação da conduta. Na verdade, não há nos autos nenhum indício de que a paciente tivesse envolvimento com o crime organizado ou que tivesse uma posição de comando ou gerência no furto cometido. Ao contrário, a paciente é PRIMÁRIA e de bons antecedentes, sendo esta sua primeira acusação criminal, razão pela somente é possível supor que ela jamais se envolveu em prática criminosa anteriormente, sendo, portanto, o acordo suficiente e recomendável." (*sic*, fl. 6); h) a ação penal deve ser trancada, por falta de justa causa, na medida em que o Ministério Público se recusou a oferecer o acordo de não persecução penal, diante da falta de condições financeiras da paciente, embora ela preencha todos os requisitos legais; i) fazendo a paciente jus à medida despenalizadora prevista na Lei nº 13.964/19, é certo que eventual prosseguimento da ação penal configurará uso abusivo do "jus puniendi", sendo a justa causa exatamente a garantia do acusado contra o uso arbitrário do direito de acusar; j) presentes os requisitos legais, a paciente tem direito ao acordo de não persecução penal, de modo que o Judiciário deve determinar que ele seja oferecido, conforme dispõe o § 5º do art. 28-A do CPP; k) caso o pedido anterior seja negado, deve ser determinada nova abertura de vista ao Ministério Público, para se manifestar sobre o cabimento do ANPP, sem considerar seus argumentos inidôneos; l) deve ser concedida liminar, para suspensão do andamento da persecução penal, até o julgamento do mérito do "habeas corpus".

O pedido liminar foi indeferido pela decisão de fls. 47/50.

O Procurador-Geral de Justiça prestou informações, defendendo a legalidade do ato (fls. 56/68).

É o relatório.

O acordo de não persecução penal (ANPP) foi introduzido no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, nos seguintes

termos:

> "Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:
> I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
> II – renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
> III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);
> IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou
> V – cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (...)". (g.n.)

Neste caso, consta que a paciente foi denunciada pela prática do crime previsto no artigo 155, § 4º, inc. II e IV, na forma dos artigos 29 e 71, todos do Código Penal, porque, entre 31 de julho e 5 de agosto de 2020, por dez vezes, continuadamente, em São Paulo, ela e os corréus Vinicius Athayde Pereira Gavião, Thiago Aparecido da Silva, Elaine Marques da Silva, Lucas Inácio Pereira Sales, Ricardo Oliveira Cruz e Anderson Urias de Oliveira, "previamente ajustados e com unidade de desígnios, subtraíram para proveito comum, mediante fraude, a quantia total de R$ 375.044,54 (...), pertencente à vítima *BAR SORRILANCHES LTDA. - ME*, em prejuízo do *BANCO UNIBANCO ITAÚ S/A*" (denúncia – fls. 36/38 destes autos, fls. 226/228 e 469 do processo criminal nº 1504307-35.2021.8.26.0050).

Em 29.8.2022, o Ministério Público ofereceu à paciente e aos corréus o acordo de não persecução penal, em audiência na qual a paciente estava presente, acompanhada do seu advogado, *"nos seguintes termos: **I.** Os beneficiários deverão manter atualizados seus endereços, telefones e e-mails, devendo comunicar ao juízo previamente toda e qualquer alteração de endereço, informando o novo (art. 28-A, inciso V do CPP); **II.** Não poderão vir a serem processados por outro crime (fato novo) durante o período de cumprimento do acordo (art. 28-A, inciso V do CPP); **III. Reparação do dano**; **IV) Prestação de serviço***

Acesso ao Sumário

à comunidade *ou entidade pública que será designada pelo MM. Juízo da Execução Criminal por (art. 28-A, inciso III do CPP);"* (*sic*, fls. 15/16; grifo e destaque no original).

Foi concedido prazo de trinta dias para a paciente se manifestar sobre a proposta, mas, em 19.10.2022, ela a recusou, sob a alegação de não ter condições financeiras para reparar o dano (fls. 18/19).

O Ministério Público, então, pediu o prosseguimento do feito, sob a premissa de que o texto legal é expresso ao exigir a reparação do dano como condição para o acordo de não persecução penal (fl. 20), o que foi reafirmado pela Procuradoria-Geral de Justiça, que não conheceu da remessa, por não se aplicar ao caso o § 14 do art. 28-A do CPP, tendo em vista que não houve recusa do Ministério Público, mas discordância da investigada em relação às condições oferecidas (fls. 29/34).

A paciente afirma que sua impossibilidade de reparar o dano está comprovada por meio do seu demonstrativo de pagamento, datado de setembro de 2022, que, observo, só foi juntado quando do pedido de remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 21/26 e 27 destes autos; fls. 367/372 e 373, do proc. 1504307-35.2021.8.26.0050). Alega, ainda, que a lei admite a realização do acordo, na impossibilidade de ser reparado o dano.

Acontece que, embora a parte final do art. 28-A, inc. I, do CPP, abra exceção à impossibilidade de reparar o dano, tal circunstância deve ser cabalmente demonstrada, mas, no caso em exame, ela não foi, já que o tão só demonstrativo de pagamento da paciente nada comprova, ainda mais quando ele não é atual e a ré não revelou nenhuma intenção de reparar o prejuízo, não havendo, além disso, notícia do destino dado à quantia que não pôde ser recuperada pela instituição financeira, no importe de R$ 172.621,64 (fls. 520/521 do proc. 1504307-35.2021.8.26.0050).

E tal qual sustentou a Procuradoria-Geral de Justiça, "condição essencial para a celebração do acordo de não persecução penal, em crimes patrimoniais, é a integral reparação do dano causado à vítima. E o Ministério Público não deve abrir mão dessa condição, nem a substituir por outra, que, a toda evidência, não atenderia ao que é necessário e suficiente para prevenção e reprovação do ilícito cometido." (fl. 67).

Além disso, não se pode ignorar que, em sua resposta à acusação, a paciente afirmou que "não praticou os fatos narrados na denúncia e restará comprovado no curso da instrução criminal" (fl. 40 destes autos, fl. 449 do proc. 1504307-35.2021.8.26.0050), de forma que não foi preenchido pressuposto essencial para a proposta de acordo de não persecução penal, qual seja, ter a paciente confessado formal e circunstancialmente a prática da infração penal (art. 28-A, "caput", do CPP).

A exemplo do que ocorre na suspensão condicional do processo, a oferta de acordo não é direito subjetivo do acusado, mas, sim, prerrogativa do Minis-

Acesso ao Sumário

tério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade – como está expresso na lei – de aplicação do instituto e, se for o caso, considerar a medida suficiente para reprovação e prevenção do crime, ou, então, recusar a sua aplicação, com a devida fundamentação.

No caso em exame, como dito, o acordo foi oferecido à paciente, mas ela não o aceitou, por alegada falta de condições de cumpri-lo integralmente, o que não foi cabalmente comprovado, além de não ter havido confissão do delito, de modo que não houve negativa de oferta do acordo pelo Ministério Público nem, em consequência, descumprimento do quanto disposto no art. 28-A do CPP.

Ademais, o Ministério Público fundamentou sua recusa à celebração do acordo sem cumprimento da condição de reparação do dano, nos seguintes termos (fls. 56/68):

> *"(...) Observo, inicialmente, que a Procuradoria-Geral de Justiça proferiu, em sede de revisão por meio do mecanismo do § 14 do artigo 28-A do Código de Processo Penal, decisão que manteve a recusa do órgão ministerial oficiante em primeiro grau de celebrar acordo de não persecução penal, sem a condição de reparar do dano.*
>
> *Pede-se vênia para que sejam repetidos alguns dos argumentos então lançados na decisão desta Procuradoria-Geral.*
>
> *É preciso sublinhar, de início, que a proposta de acordo de não persecução penal tem natureza de instrumento de política criminal e sua avaliação é discricionária do Ministério Público no tocante à necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime. Trata-se de prerrogativa institucional do Ministério Público e não direito subjetivo do investigado.*
>
> *E nem poderia ser diferente, haja vista sua natureza jurídica similar à transação penal e à suspensão condicional do processo.*
>
> *(...)*
>
> *No caso concreto, o* ***acordo de não persecução penal se revela inviável****, uma vez que, não obstante oferecido à paciente, esta não aceita cumprir uma de suas condições, que certamente é a mais importante em crimes patrimoniais: a reparação do dano.*
>
> *A inclusão de condições para a formulação do acordo de não persecução penal consiste, em linhas gerais, na criação de um âmbito de* ***discricionariedade regrada****, rigorosamente admissível em nosso direito processual. Trata-se de regular um círculo ou âmbito objetivo dentro do qual sejam eficazes os juízos de oportunidade, como, por exemplo, exigir "que o prejudicado pelo delito seja satisfatoriamente indenizado pelos danos e prejuízos que a conduta delitiva lhe tenha causado, ou que os responsáveis pelo delito não sejam reincidentes" (SANTOS, Andrés de la Oliva. Derecho Procesal Penal. Madrid: CEURA, 1997, p.21-22).*
>
> *Em outras palavras, estabelecer requisitos para a concessão do acordo de não persecução não é, neste sentido, mais do que um adequado sistema de contrapeso ao poder de disposição da ação penal.*

Acesso ao Sumário

Comentando o art. 28-A, inciso I, do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei nº 13.964/2019, lecionam Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto:

"Na linha de outros instrumentos despenalizadores, o ANPP prestigia a vítima, colocando a reparação do dano ou restituição do objeto do crime como condição para o ajuste. Certamente, haverá discussão quanto à possibilidade de o ajuste abranger (ou não) o dano moral. Para uma corrente, o dano moral, por guardar íntima relação com a dor e o sofrimento experimentado pela vítima, não encontraria, no processo penal, o locus adequado para debate. Para outros, com os quais concordamos, embora reconhecendo a dificuldade em se estabelecer o quantum, não afastam, de plano, essa possibilidade, dependendo sempre da cuidadosa análise do caso concreto, em especial, da gravidade do ilícito, da intensidade do sofrimento, da condição socioeconômica do ofendido e do ofensor, grau de culpa, etc., bem como a utilização dos parâmetros monetários estabelecidos pela jurisprudência para casos similares. Na seara da justiça consensual, tais dificuldades ficam quase que superadas, pois o valor a título de dano moral será discutido com a efetiva participação do ofensor." (Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados", editora Juspodivm, 4ª edição, p. 185)

Novamente, condição essencial para a celebração do acordo de não persecução penal, em crimes patrimoniais, é a integral reparação do dano causado à vítima. E o Ministério Público não deve abrir mão dessa condição, nem a substituir por outra, que, a toda evidência, não atenderia ao que é necessário e suficiente para prevenção e reprovação do ilícito cometido.

Quanto às alegações contidas na impetração sobre a impossibilidade de reparar o prejuízo causado à vítima, os documentos trazidos pela paciente não conseguem comprovar a efetiva impossibilidade de pagamento, pois sequer foi apresentada contraproposta quanto à forma de arcar com a reparação.

Por fim, apesar da primariedade técnica da Paciente, é certo que essa condição, por si só, também não induz direito subjetivo à aplicação do acordo de não persecução penal, cuidando-se, vale repetir, de prerrogativa institucional do Ministério Público, a quem cabe, ***com exclusividade****, por força do que decorre do artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, aferir motivadamente se é caso de proposta ou de recusa do benefício.*

Aguarda-se, assim, a denegação da ordem. (...)".

Como se vê, foi devidamente fundamentada a recusa do Ministério Público em realizar acordo de não persecução penal sem cumprimento da condição de reparação do dano, por considerá-lo insuficiente à reprovação e prevenção do crime, não se configurando, portanto, constrangimento ilegal.

Nestes termos é o entendimento do C. Supremo Tribunal Federal a respeito do tema: "(...) 2. As condições descritas em lei são requisitos necessários

Acesso ao Sumário

para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao *Parquet* a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição. 3. O art. 28-A do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 13.964/19, foi muito claro nesse aspecto, estabelecendo que o Ministério Público *'poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições'*. (...)" (STF – 1ª Turma, HC 206876 AgR/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 11.11.21, Dje 18.11.21).

No mesmo sentido: "Habeas corpus. 2. Consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário impor ao Ministério Público obrigação de ofertar acordo em âmbito penal. (...)" (STF – 2ª Turma, HC 194677/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11.5.21, DJe 13.8.21).

Assim também tem decidido o C. Superior Tribunal de Justiça: "(...) 3. A possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal é conferida exclusivamente ao Ministério Público, não constituindo direito subjetivo do investigado. Desse modo, cuidando-se de faculdade do parquet, a partir da ponderação da discricionariedade da propositura do acordo, mitigada pela devida observância do cumprimento dos requisitos legais, estando devidamente fundamentado o não oferecimento do acordo de não persecução penal, não cabe ao Poder Judiciário determinar ao Ministério Público que oferte o acordo de não persecução penal. (...)" (STJ – 5ª Turma, AgRg no HC 766663/SC, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 19.12.22, DJe 21.12.22).

No mesmo sentido: "(...) 4. Esta Corte Superior entende que não há ilegalidade na recusa do oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal quando o representante do Ministério Público, de forma fundamentada, constata a ausência dos requisitos subjetivos legais necessários à elaboração do acordo, de modo que este não atenderia aos critérios de necessidade e suficiência em face do caso concreto. 5. De acordo com entendimento já esposado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal é conferida exclusivamente ao Ministério Público, não constituindo direito subjetivo do investigado. 6. Cuidando-se de faculdade do Parquet, a partir da ponderação da discricionariedade da propositura do acordo, mitigada pela devida observância do cumprimento dos requisitos legais, não cabe ao Poder Judiciário determinar ao Ministério Público que oferte o acordo de não persecução penal. (...)" (STJ – 5ª Turma, RHC 161251/PR, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 10.5.22, DJe 16.5.22).

E ainda: "(...) III – Outrossim, como bem asseverado no parecer ministerial, 'O acordo de persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, podendo ser proposto pelo MPF conforme as peculiaridades do caso concreto e quando considerado necessário e suficiente para a reprovação e a

Acesso ao Sumário

prevenção da infração penal", não podendo prevalecer neste caso a interpretação dada a outras benesses legais que, satisfeitas as exigências legais, constitui direito subjetivo do réu, tanto que a redação do art. 28-A do CPP preceitua que o Ministério Público poderá e não deverá propor ou não o referido acordo, na medida em que é o titular absoluto da ação penal pública, ex vi do art. 129, inc. I, da Carta Magna. (...)" (STJ – 5ª Turma, AgRg no RHC 130587/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 17.11.20, DJe 23.11.20).

É, também, o que vem reiteradamente decidindo este Colendo Órgão Especial, notadamente quando se trata da não aceitação das condições propostas pelo Ministério Público para a realização do acordo de não persecução penal:

> "HABEAS CORPUS CRIMINAL – Acordo de não persecução penal (ANPP) – Exigência de preenchimento dos requisitos elencados no artigo 28-A do Código de Processo Penal – Direito subjetivo das acusadas não reconhecido – Recusa fundamentada do Parquet em celebrar o acordo – Não aceitação inicial, pelas envolvidas, dos termos então apresentados, bem como ausente confissão quanto aos fatos denunciados – Ratificação da negativa pela Autoridade impetrada – Ausência de ilegalidade ou abuso de poder – Propositura do acordo que é prerrogativa do Ministério Público, titular da ação penal, não constituindo direito subjetivo das acusadas – Descabe, ademais, ao Poder Judiciário impor a celebração do negócio jurídico pré-processual em caso de recusa fundamentada do Ministério Público – Jurisprudência assente deste C. Órgão Especial, espelhada na das Corte Superiores – Ministério Público que, 'in casu', fundamentou devidamente sua conduta – ORDEM DENEGADA." (Habeas Corpus Criminal nº 2148958-25.2022.8.26.0000, rel. Des. Elcio Trujillo, j. 24/08/2022);
>
> "PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. Inquérito policial em que se apura crimes de lesão corporal culposa e embriaguez ao volante. Proposta de acordo de não persecução penal, com condição especial de ressarcimento integral dos danos causados às vítimas. Impetrante requer exclusão da reparação do dano pela impossibilidade de pagamento. Não oferecimento de proposta de ANPP pelo Ministério Público. Prerrogativa exclusiva do órgão ministerial. Condição essencial que não pode ser dispensada nos crimes de trânsito com vítimas. Falta de comprovação da incapacidade de ressarcir o dano. Recusa devidamente motivada pelo Procurador Geral de Justiça. Ausência de constrangimento ilegal a ser sanado. Ordem denegada." (Habeas Corpus Criminal nº 2135943-86.2022.8.26.0000, rel. Des. Fábio Gouvêa, j. 17/08/2022);
>
> "HABEAS CORPUS CRIMINAL. Paciente investigada por furto qualificado por abuso de confiança decorrente de vínculo empregatício, praticado de forma continuada. Pedido da Defensoria Pública de afastamento da condição imposta pelo Ministério Público de reparação do dano causado para celebração do Acordo de Não Persecução Penal, previsto no art. 28-A do CPP, incluído pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Alegação de ausência de recursos financeiros. Hipótese de denegação

Acesso ao Sumário

da ordem. Inexistência de direito subjetivo do réu. Acusação de desfalque da empresa em que a paciente trabalhava. Ausência de confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal. Descumprimento de requisito objetivo. Inadmitido o acordo pelo fato de não ter a paciente comprovado a destinação dos valores subtraídos nem produzido prova cabal de que estivesse desprovida de recursos financeiros. Circunstância indispensável para revelar com presteza a impossibilidade de reparação do dano. Inocorrente demonstração de ilegalidade ou abuso de poder por parte da autoridade impetrada. Ordem denegada." (Habeas Corpus Criminal nº 2120141-48.2022.8.26.0000, rel. Des. James Siano, j. 03/08/2022);

"HABEAS CORPUS. Acordo de não persecução penal. CPP, Art. 28-A, § 2º, III. Recusa do Ministério Público, referendada pela Procuradoria Geral de Justiça. Não aceitação do acordo, ante a condição de reparação do dano. Requisitos não preenchidos. Ausência de ilegalidade. – 1. (...) 2. ANPP. Aline. O art. 28-A, 'caput' do CPP delineia os critérios objetivos que autorizam a propositura do acordo, indicando em seus incisos as condições a serem ajustadas cumulativa e alternativamente, dentre eles a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima. Aqui, o 'parquet' ofereceu acordo de não persecução penal para Aline, mas condicionado à reparação do dano de R$-147.877,94. Como bem colocado pelo Procurador-Geral de Justiça, a reparação do dano à vítima é condição basilar para a celebração do acordo de não persecução em crimes patrimoniais. E, embora, a parte final do dispositivo legal (art. 28-A, I do CPP) traga uma ressalva 'exceto na impossibilidade de fazê-lo', esta não restou demonstrada nos autos. A paciente é empregada formal da empresa MDM Comércio e Serviços Ltda e percebe um salário mensal de R$-4.026,40, portanto possui condições de reparar o dano, ainda que forma parcial, mediante parcelamento do débito ou mesmo pela restituição dos bens amealhados, mas limitou-se a discordar da reparação do dano, renunciando à faculdade de transacionar conferida pela lei. –3. ANPP. Diego. A recusa do Ministério Público em propor acordo de não persecução penal, referendada pela Procuradoria-Geral de Justiça, não constitui abuso ou ilegalidade que ameace a liberdade de locomoção do paciente, mas simples cumprimento do art. 28-A, 'caput' do CPP quando não atendidos todos os critérios. Aqui, a recusa se deu pelo fato de o paciente já ter sido anteriormente beneficiado com a suspensão condicional do processo na Ação Penal nº 0006503-28.2016.8.26.0050, em que denunciado pelo crime de receptação. O benefício foi homologado em 3-3-2017, há menos de cinco anos do cometimento da infração objeto nestes autos, incidindo na vedação do art. 28-A, § 2º, III do CPP. Não havendo recusa injustificada para a propositura do acordo, descabe qualquer revisão judicial. Precedentes do Órgão Especial. – Ordem denegada." (Habeas Corpus Criminal nº 2027766-28.2022.8.26.0000, rel. Des. Torres de Carvalho, j. 04/05/2022);

Acesso ao Sumário

"HABEAS CORPUS – PROPOSTA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – DISCORDÂNCIA DO RÉU – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER OU CONSTRANGIMENTO ILEGAL AO DIREITO DE LIBERDADE. 1. A proposta de acordo de não persecução penal é prerrogativa institucional do Ministério Público e não direito subjetivo do acusado. Precedentes. 2. Termos da proposta de ANPP recusados pelo réu. Normalidade em avenças que exigem a convergência de vontades. Inexistência de ilegalidade, abuso de poder ou constrangimento ilegal ofensivo ao direito de liberdade. Ordem denegada." (Habeas Corpus Criminal nº 2047397-89.2021.8.26.0000, rel. Des. Décio Notarangeli, j. 22/09/2021).

Em suma, inexistindo ilegalidade ou abuso de poder, impõe-se a denegação da ordem de *habeas corpus*.

Diante do exposto, denega-se a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2154046-73.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes (...). e (...) e paciente (...), é impetrado PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A ORDEM. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE A ADV. DRA. (...).", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.029)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, AFONSO FARO JR., JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, GOMES VARJÃO, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA e MATHEUS FONTES.

São Paulo, 7 de agosto de 2024.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: *Habeas Corpus*. Impetração contra ato atribuído ao Procurador Geral de Justiça, que ratificou recusa da Promotoria de Justiça a ofertar proposta de suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei

Acesso ao Sumário

9.099/95). Paciente acusado do delito do artigo 215-A do Código Penal (importunação sexual). Não preenchimento dos requisitos legais. Súmula n. 696 do STF. Manifestação da autoridade impetrada, no sentido da denegação do benefício, devidamente fundamentada, com ênfase no fato de se tratar de infração contra mulher e com prevalecimento da condição pessoal do acusado, que é médico. Ausência de ilegalidade. Ordem denegada.

VOTO

I. *"Habeas Corpus Criminal"* impetrado pelos advogados (...) e (...) em favor de (...), contra ato atribuído ao Exmo. Sr. PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Assinalam que o paciente se encontra na iminência de sofrer constrangimento ilegal, em virtude de ato – que inquinam de ilegal e abusivo –, praticado pela autoridade impetrada.

Relatam ter sido instaurada em face do paciente Ação Penal em que lhe foi imputada a prática do delito previsto no artigo 215-A do Código Penal (importunação sexual), constando da denúncia que o paciente, que é médico, quando da realização de exame médico em (...), teria praticado ato libidinoso consistente em encostar sua genitália nos joelhos da vítima, bem como em suas mãos.

Oferecida a denúncia – prossegue a inicial –, o acusado, ora paciente, pleiteou a realização de audiência com o objetivo de lhe ser oferecida proposta de suspensão condicional do processo, por se cuidar de infração penal de menor potencial ofensivo, com pena mínima "in abstracto" de um (01) ano. Esse requerimento foi recusado pelo Promotor de Justiça oficiante. Irresignado, o paciente requereu o encaminhamento dos autos ao Procurador Geral de Justiça para ser formulada proposta de "sursis" processual. O pedido foi denegado pelo Sr. Procurador Geral de Justiça, motivo da impetração do presente *Habeas Corpus*. Pedem os impetrantes a concessão do remédio para ser determinado *"o encaminhamento dos autos ao Procurador Geral de Justiça para o devido oferecimento da proposta se suspensão condicional do processo, ainda que 'ex officio'."* (fls. 11), com o deferimento de medida liminar para a suspensão do processo crime, bem como a suspensão da audiência designada para o dia 10 de junho de 2.024.

Sustentam que o paciente preenche todos os requisitos para a concessão do benefício (suspensão condicional do processo), isto porque: a) reclamação formulada perante o Conselho Regional de Medicina foi arquivada, por não demonstrada a prática de nenhum ato desabonador com relação ao paciente; b) a vítima não corroborou sua versão inicial dos fatos alegados em novo depoimento prestado no Inquérito Policial, onde *"esclareceu que estava incomodada*

com o jeito grosseiro do Paciente e se contradisse afirmando, com renovada certeza, que o Paciente nunca colocou sua mão em seus órgãos genitais." (fls. 03); c) ao presente caso não se aplicam as disposições da Lei Maria da Penha; d) é o *"Paciente primário, de bons antecedentes, suposto crime sem violência ou grave ameaça, médico com conduta impecável atestada por seus superiores)* (fls. 04); e) *"o Paciente jamais fora processado ou investigado criminalmente, o que por si só demonstra sua personalidade e conduta social não voltada ao cometimento de delitos. Em mais de 10 anos como estudante e, posteriormente, como residente médico JAMAIS teve qualquer reclamação de sua conduta!"* (fls. 08), e f) a pena mínima prevista ao crime imputado é de 01 (um) ano.

Processado o "habeas corpus" com a concessão parcial da liminar (fls. 44/46), a autoridade impetrada prestou informações defendendo a legalidade do ato (fls. 58/64), e sobreveio manifestação da D. Procuradoria Geral de Justiça (68/72). Este, em síntese, o relatório.

II. A ordem é denegada.

O paciente teve contra si instaurada ação penal, na qual lhe fora imputado o delito previsto no artigo 215-A, do Código Penal (importunação sexual), por fatos ocorridos em (...), nas dependências do Hospital (...), (...). Segundo consta da denúncia formulada, *".... na data dos fatos, a vítima passou por consulta médica com o denunciado e, após responder a algumas perguntas, (...) solicitou que sentasse na maca para examinar seus olhos. O denunciado, então, se aproximou com um instrumento para ver o fundo do olho da vítima, solicitando que olhasse fixamente em um ponto na parede, momento em que encostou o pênis, ereto, no joelho de (...), empurrando e pressionando, a fim de satisfazer a própria lascívia. A vítima retirou imediatamente o joelho e o denunciado, então, mudou de posição e passou a examinar o outro olho, novamente pressionando o órgão genital no outro joelho da vítima, a fim de satisfazer a sua própria lascívia. Em seguida, o denunciado pediu à vítima para deitar na maca, ficando com os braços ao lado do corpo. (...), então, se aproximou e esfregou o órgão genital na mão direita da vítima, a fim de satisfazer a própria lascívia.* (fls. 19).

A suspensão condicional do processo é medida despenalizadora introduzida pela Lei federal 9.099, de 1995, em seu artigo 89, que é do seguinte teor:

"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).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

Acesso ao Sumário

I – reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – proibição de freqüentar determinados lugares;

III – proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV – comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos".

E o art. 77 do Código Penal, ao contemplar os demais requisitos da suspensão condicional da pena, assim os elenca:

"I – o condenado não seja reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III – Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código".

O paciente – assinala a inicial – preencheria todos esses requisitos. É primário e sem registro de nenhum antecedente. Em vários anos de prática médica, nunca houve reclamação a respeito de sua conduta. Não se trata de delito contra a mulher em razão do sexo feminino, não incide na espécie a Lei Maria da Penha, e a imputação indica não ter havido violência ou grave ameaça.

Ocorre que o representante do Ministério Público em primeiro grau deixou de ofertar a benesse (fls. 234), e, a requerimento do acusado, foram os autos remetidos à instância superior do Ministério Público. O Sr. Procurador Geral de Justiça, em manifestação extensamente fundamentada, ratificou a denegação (cf. fls. 255/260 dos autos da ação penal (...)).

É o entendimento do C. Supremo Tribunal Federal: ***"A jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário conceder os benefícios da Lei 9.099/1995 à revelia do titular da ação penal.***

Acesso ao Sumário

A esse respeito, a Súmula 696 deste Supremo Tribunal Federal: 'Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal'. Como a manifestação nos presentes autos provém do próprio Procurador-Geral da República, ainda que esta Colenda Turma dela dissentisse, a negativa deveria prevalecer, porquanto a Constituição Federal conferiu a titularidade da ação penal ao Ministério Público, à qual intimamente ligada a possibilidade de propor a suspensão condicional do processo e a transação." (Inquérito nº 3.438, DJe de 10.02.15, Rel. Min. ROSA WEBER).

E, no caso sob exame, a inviabilidade da medida foi plenamente justificada e fundamentada na ratificação apresentada pelo D. Procurador Geral de Justiça, nos seguintes termos:

"A suspensão condicional do processo, conforme já sedimentado na jurisprudência pátria, não é direito subjetivo público do acusado, mas prerrogativa institucional do Ministério Público. Por isso, não se sujeita somente à verificação de requisitos objetivos, como o revela o artigo 89, caput, da Lei dos Juizados Especiais Criminais, ao fazer expressa remissão ao artigo 77 do Código Penal.

No caso concreto, as medidas despenalizadoras se revelam inviáveis.

Trata-se de crime praticado pelo paciente contra vítima do sexo feminino, em razão de gênero, presente o óbice previsto no artigo 28-A, § 2º, inciso IV, do CPP ("nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor").

Aliás, a referência à 'condição de sexo feminino' corresponde, inegavelmente, à violência de gênero. De fato, se o legislador pretendesse incluir na vedação ao acordo apenas as hipóteses da Lei Maria da Penha, não teria acrescido a parte final ao dispositivo legal.

A 'Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher', conhecida também como 'Convenção de Belém do Pará', aprovada e promulgada no Brasil, também trata especificamente da violência de gênero e é mais ampla do que a Lei Maria da Penha:

(...)

Assim, a violência de gênero contra a mulher não se resume ao âmbito doméstico e familiar, valendo ressaltar que a Convenção de Belém do Pará tem natureza supralegal e está, portanto, acima da Lei Maria da Penha.

Dessa sorte, qualquer violência de gênero contra a mulher – esteja ou não compreendida na Lei nº 11.340/2006 – é incompatível com o acordo de não persecução penal.

Por razões semelhantes, fica afastada a possibilidade de suspensão con-

Acesso ao Sumário

dicional do processo.

Ainda que se considere indevida qualquer alusão ao óbice legal para o acordo de não persecução penal, é certo que a recusa à suspensão condicional do processo fundou-se no fato de que o crime foi cometido em desfavor de vítima mulher por razões da condição do sexo feminino e por conta da culpabilidade, conduta do agente e demais circunstâncias do caso concreto.

Ora, tendo o crime sido cometido em desfavor de vítima mulher, por razões da condição do sexo feminino, há a atração da vedação contida no artigo 41 da Lei nº 11.340/2006, que dispõe:

(...)

A impossibilidade de suspensão condicional do processo em casos em que houver a atração da Lei nº 11.340/2006 é objeto de entendimento sumular do Superior Tribunal de Justiça, consoante o enunciado da Súmula nº 536: "A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha".

Assim, por compreender o Ministério Público que o crime em tela, quando praticado contra mulher, em verdadeira objetificação desta, representa delito de gênero, é inaplicável qualquer forma de solução consensual, seja pela vedação constante do artigo 28-A do Código de Processo Penal, seja pelo disposto no artigo 41 da Lei Maria da Penha.

Por outro lado, a ação está inserida entre as hipóteses de incompatibilidade subjetiva com o favor legal, tal como prevê o artigo 77, inciso II, do Código Penal: o acusado se valeu da condição de médico, com natural ascendência sobre a paciente; usufruiu do desconforto da vítima, inerente ao próprio exame pelo qual passava; e atentou contra a dignidade do serviço que estava chamado a realizar.

Entra aqui, por isso, a acentuada culpabilidade do acusado – não a culpabilidade para a fundamentação da pena, mas a culpabilidade para a medição da pena, ou o 'conjunto de elementos que possuem relevância para a magnitude da pena no caso concreto' (Claus Roxin, Derecho Penal – parte general, I. Madri, Civitas, 1999, p. 813-814). E o comportamento descrito na denúncia, essencialmente abjeto, contraindica qualquer benefício de justiça negocial." (fls. 61/64).

Assinale-se que, em que pese à primariedade e ausência de antecedentes do paciente, há circunstâncias na espécie (notadamente aquela concernente a se tratar de médico a submeter paciente a exame) que de fato tendem a justificar o posicionamento do "parquet".

Assim já decidiu este Órgão Especial em caso assemelhado:

"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

Acesso ao Sumário

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, Órgão Especial, *Habeas Corpus* Criminal 2045683-26.2023.8.26.0000, j. 03.05.2023, Rel. Des. JAMES SIANO).

Em suma: inexistindo hipótese de ilegalidade ou abuso de poder que justifique a utilização deste remédio, é de rigor a denegação da ordem de *habeas corpus*.

III. Pelo exposto, denega-se a ordem.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2086059-20.2024.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é impetrante L.C.L. (MENOR) e interessada F.L.C., 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 SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 62.297)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), FIGUEIREDO GONÇALVES, ROBERTO SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, GOMES VARJÃO, DÉCIO NOTARANGELI, LUIZ ANTONIO CARDOSO,

Acesso ao Sumário

FLAVIO ABRAMOVICI, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 19 de junho de 2024.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. HOMOLOGAÇÃO. INCONFORMISMO. MAUS TRATOS E VIAS DE FATO. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.
Não há direito líquido e certo *"em impedir o arquivamento do inquérito ou peças de informação de crime de ação penal pública incondicionada"* (Des. TASSO DUARTE DE MELO).
Segurança denegada.

RELATÓRIO:

L.L.C., menor representada por seu pai, R.C.L., impetrou mandado de segurança contra ato do Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo que, confirmando decisão do Promotor de Justiça da Comarca de Piracicaba, manteve arquivamento de inquérito policial.

Afirma-se nos autos que em (...), a impetrante, na época com três anos de idade, sofreu lesões corporais (escoriações e contusões) provocadas por sua mãe, portadora de transtorno afetivo bipolar.

Alega-se que a decisão de manter o arquivamento do inquérito policial vulnera o princípio do devido processo legal, sendo necessária a produção de prova em Juízo para afastar a ocorrência de maus tratos e vias de fato sofridos pela menor, ora impetrante, não tendo a autoridade impetrada considerado, ainda, o perfil destrutivo da investigada, suscitando-se omissão do *decisum*.

Objetiva-se o desarquivamento do inquérito policial para análise de alegações de justa causa para uma ação penal ou, quando menos, para a produção antecipada de provas, com depoimento especial da vítima em Juízo, auxiliada por profissional competente da área de psicologia.

A digna Procuradoria-Geral de Justiça apresentou informações (*e*-págs. 325-32).

É o relatório do necessário.

VOTO:

1. Afasta-se a arguida nulidade da decisão da autoridade impetrada que,

Acesso ao Sumário

após apreciar as provas dos autos, manteve o arquivamento dos autos.

Se, tal o caso, da referência explícita e motivada, numa decisão, a determinadas teses que ali se reputem justificadas podem inferir-se imediatamente as respostas a teses pontuais dos interessados, não há reconhecer lacunaridade alguma pela eventual falta de tratamento autônomo de cada um dos temas ventilados.

É sólido no eg. STF que a indispensável observância do dever de motivação das decisões não exige o exame pontualizado de cada uma das alegações ou provas indicadas pelas partes (cf., a propósito, o tema 339 do STF).

Na espécie, a douta Procuradoria-Geral de Justiça indicou os motivos pelos quais manteve a decisão de primeiro grau:

> *"Assiste razão ao Douto Promotor de Justiça.*
> ***Os elementos de informação contidos nos autos não demonstram a indispensável justa causa para a ação penal.***
> *Além disso, não há que se falar em ilegalidade ou teratologia na promoção do arquivamento, senão em inconformismo do representante da vítima com a conclusão lançada pelo zeloso representante do Ministério Público, desprovido de fundamentação capaz de afetar os seus fundamentos de fato e de direito.*
> *Dessa maneira,* ***considerando que o Douto Promotor de Justiça, ao firmar sua convicção, analisou todos os elementos constantes dos autos e fez razoável valoração da prova amealhada, não se identifica justa causa para revisão de sua decisão****.*
> *Verifica-se, por conseguinte, que a hipótese se enquadra em entendimento sumulado por esta Chefia Institucional, nos seguintes termos:*
> *PROCESSO PENAL. ART. 28, § 1º, DO CPP. ARQUIVAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. MANUTENÇÃO. Vítima que, ao ser comunicada do arquivamento de inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, demonstra inconformismo com o arquivamento da investigação. Fundamentação empregada pelo Promotor de Justiça natural que se mostra adequada e em conformidade com o conteúdo do caderno investigatório e com a lei. Ausência de novas provas. Manutenção do arquivamento (Súmula n. 176 – PGJ).*
> *Ante o exposto, mantém-se o arquivamento, com as ressalvas do art. 18 do Código de Processo Penal."* (os destaques não estão no original – e-págs. 307-12)

2. No mérito, não cabe ao Poder judiciário impedir o arquivamento de inquérito policial, certo que o Ministério público é o titular da ação penal.

Nessa linha, recrutam-se, *ad exemplum*, precedentes deste Órgão especial e do eg. STJ

> • *"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.*

Acesso ao Sumário

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". (TJSP-MS 2248191-58.2023 – Rel. Des. TASSO DUARTE DE MELO, j. 13-3-2024; no mesmo sentido: 69.2022 – Rel. Des. CRISTINA ZUCCHI, j. 8-6-2022).

• *"1. A decisão do Tribunal de origem corrobora a jurisprudência do STJ, no sentido de que o titular da ação penal pública incondicionada é o representante do Ministério Público, e que 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, motivo pelo qual ser incabível a impetração de mandado de segurança.*

2. ***Nos termos da jurisprudência da Corte,*** **"permitir reexame judicial – seja por via recursal ou por ação autônoma de impugnação – quanto ao mérito do pedido de arquivamento do inquérito policial importa em violação, por via transversa, da prerrogativa do Ministério Público que, na condição de titular da ação penal, é quem deve se manifestar acerca da existência ou não de elementos capazes de sustentar a persecução penal"** *(RMS n. 56.432/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 2/8/2018, DJe 22/8/2018).*

3. Com efeito, para eventual provimento do recurso, seria indispensável reexaminar os elementos fáticos e probatórios da investigação policial para o fim de (eventualmente) concluir de maneira contrária ao representante do MP, na compreensão de que haveria indícios de materialidade e autoria delitiva, o que não é admitido pela jurisprudência da Corte" (STJ – AgRg no RMS 72.408, j. 15-4-2024 – o destaque não é do original).

DO EXPOSTO, pelo meu voto, sugere-se denegar a segurança impetrada por L.L.C.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 0020111-88.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante GUILHERME WAISSMANN, é impetrado PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA 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 37.781)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (Presidente), MELO BUENO, LUIZ ANTONIO CARDOSO, FLAVIO ABRAMOVICI, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES, ROBERTO SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS e CARLOS MONNERAT.

São Paulo, 1º de julho de 2024.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Reexame de acórdão na forma do art. 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil – Aplicabilidade da Emenda Constitucional nº 62/2009 aos precatórios constituídos anteriormente à sua vigência – Tema de Repercussão Geral nº 519/STF – Juízo de retratação aplicável ao caso para adequação ao entendimento firmado em Repercussão Geral pela Suprema Corte – SEGURANÇA DENEGADA.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por GUILHERME WAISSMANN contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que extinguiu requerimento de sequestro de verbas públicas do Departamento de Estradas e Rodagem – DER, considerando aplicável a Emenda Constitucional 62/09.

Em acórdão de relatoria do e. Desembargador Luís Soares de Mello, foi concedida a segurança, sob o fundamento de que o precatório do impetrante é anterior à Emenda Constitucional nº 62/2009, não se admitindo a retroatividade para alcançar direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (fls. 212/218).

O Departamento de Estradas e Rodagem – DER interpôs Recurso Extraordinário, cujo processamento foi sobrestado (fls. 334/336).

Diante do julgamento do Recurso Extraordinário nº 659.172, objeto do Tema nº 519 do STF, a E. Presidência deste Tribunal de Justiça determinou a remessa dos autos ao órgão julgador para juízo de retratação, em cumprimento ao disposto no art. 1.040, II, CPC (fl. 376).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

PASSO A VOTAR.

Realmente, quando do julgamento do Tema nº 519/STF, o Plenário da Suprema Corte firmou 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"* (grifo nosso).

Na hipótese, ao apreciar mandado de segurança impetrado contra a extinção de requerimento de sequestro de verbas públicas do Departamento de Estradas e Rodagem – DER, este E. Colegiado entendeu pela irretroatividade do regime especial instituído pela EC nº 62/09 e, portanto, pela inaplicabilidade do regime aos precatórios expedidos anteriormente à sua promulgação.

Conforme exposto, tal entendimento está em desacordo com a tese fixada no julgamento paradigmático pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, a fim de preservar a estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, nos termos do art. 926 do Código de Processo Civil, bem como à luz do princípio da segurança jurídica, impõe-se a retratação do acórdão recorrido para adequação ao entendimento assentado no Tema nº 519/STF.

Em casos análogos, assim já decidiu este C. Órgão Especial:

"PROCESSUAL CIVIL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – DEVOLUÇÃO DO RECURSO A TURMA JULGADORA PARA REAPRECIAÇÃO (ART. 1.040, II, CPC) – JUÍZO DE RETRATAÇÃO – CABIMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – SEQUESTRO DE RENDAS PÚBLICAS – CRÉDITO OBJETO DE PRECATÓRIO EXPEDIDO ANTERIORMENTE À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009 – EXTINÇÃO DO PEDIDO DE SEQUESTRO – ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER E OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO – INEXISTÊNCIA. O regime especial de precatórios trazido pela Emenda Constitucional nº 62/2009 aplica-se aos precatórios expedidos anteriormente à sua promulgação, observados a declaração de inconstitucionalidade parcial quando do julgamento da ADI nº 4.425 e os efeitos prospectivos do julgado. Matéria pacificada no julgamento do Tema nº 519 do STF. Hipótese de precatório expedido antes da promulgação da EC nº 62/2009, mas que segundo o entendimento do STF se submete ao regime especial. Inadmissibilidade de sequestro de rendas. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder e ofensa a direito individual líquido e certo. Juízo de retratação. Cabimento. Adequação da fundamentação do julgado ao entendimento paradigmático. Segurança denegada." (TJSP; Mandado de Segurança Cível 0048122-30.2012.8.26.0000; Relator: Décio Notarangeli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Data do Julgamento: 06/03/2024)

"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

Acesso ao Sumário

nº 659.172/SP – JUÍZO DE RETRATAÇÃO – Art. 1.040, II, do Código de Processo Civil. Readequação necessária. SEGURANÇA DENEGADA." (TJSP; Mandado de Segurança Cível 0386062-24.2010.8.26.0000; Relator: Fábio Gouvêa; Órgão Julgador: Órgão Especial; Data do Julgamento: 06/03/2024)

Por essas razões, em juízo de retratação, denega-se a segurança.

Ante o exposto, pelo meu voto, denego a segurança, nos termos do art. 1.040, II, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2156367-81.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante ANDRELINA LOPES MACHADO, é impetrado DESEMBARGADOR COORDENADOR DA DIRETORIA DE EXECUÇÕES DE PRECATÓRIOS E CÁLCULOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. FERNANDO TORRES GARCIA E AFONSO FARO JR. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. BERETTA DA SILVEIRA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40327)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (Presidente), FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, PAULO AYROSA e LUIS SOARES DE MELLO.

São Paulo, 24 de julho de 2024.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Morte da parte antes da impetração. Processo inexistente. Precedentes deste C. Órgão Especial.
Segurança denegada.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança (fls. 1/13) impetrado por ANDRELINA LOPES MACHADO contra ato do DESEMBARGADOR COORDENA-

DOR DA DIRETORIA DE EXECUÇÕES DE PRECATÓRIOS E CÁLCULOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO que teria comunicado a RFB sobre a incidência de imposto de renda decorrente do pagamento de precatório cedido com deságio.

Sobreveio notícia da morte da Impetrante (fl. 202), seguida de manifestação requerendo a suspensão do processo para eventual habilitação dos sucessores (fl. 205).

É o relatório do necessário.

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 documentalmente. Qualquer incerteza sobre os fatos decreta o descabimento da reparação da lesão através do mandado, devendo a parte pleitear seus direitos através de ação que comporte a dilação probatória" (Vicente Greco Filho. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 162).

Pois bem. A hipótese é de MS impetrado contra que ato do DESEMBARGADOR COORDENADOR DA DIRETORIA DE EXECUÇÕES DE PRECATÓRIOS E CÁLCULOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO que teria comunicado a RFB sobre a incidência de imposto de renda decorrente do pagamento de precatório cedido com deságio.

Ocorre que a Impetrante faleceu antes do protocolo do *writ* (disponível em https://www.planocamargo.com.br/andrelina-lopes-machado), o que foi confirmado pelo defensor (fl. 205), de modo que o processo é inexistente, não se admitindo tampouco a regularização da representação processual ou a habilitação dos sucessores.

Acesso ao Sumário

É dizer, "A morte do autor anteriormente à propositura da demanda (...) é, portanto, fato jurídico relevante para se declarar a inexistência do processo judicial em relação a ele, eis que a relação processual não se angularizou, nunca existiu, não se formou validamente, à míngua da capacidade daquele autor para ser parte" (STJ, 3ª Seção, EAR 3.358-SC, Rel. Min. Felix Fisher, maioria, j. 10.12.14, destacou-se).

Assim, deve ser reconhecida a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, *ex vi* do art. 485, inc. IV, do

CPC, denegada a segurança segundo a inteligência do art. 6º, § 5º, da Lei n.º 12.016/09.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

"MANDADO DE SEGURANÇA – **CO-REQUERENTE FALECIDA ANTES DA IMPETRAÇÃO – PETIÇÃO INICIAL INEXISTENTE – INGRESSO E MANIFESTAÇÃO DOS HERDEIROS – IRRELEVÂNCIA CONVALIDAÇÃO IMPOSSÍVEL – CONTRATO DE MANDATO EXTINTO PELA MORTE** (...) 1. Nada obstante os herdeiros terem ingressado e se manifestado nos autos deste mandado de segurança, não se pode admitir a substituição processual, ainda que se argumente com os princípios da instrumentalidade e da economia processual. **Sem sustentação no direito material frente à extinção do mandato pela morte, deve-se reconhecer a inexistência da petição inicial do mandado de segurança em relação à credora falecida. Se não havia mandato e não houve provocação da jurisdição por esta titular do crédito, as decisões proferidas no feito se acoimam de nu/idade absoluta em relação a ela.** (...)"

(TJSP, Órgão Especial, MS 0276507-38.2011.8.26.0000, Rel. Des. Artur Marques, unânime, j. 01.08.12, destacou-se)

Também, MS 9048721-49.2008.8.26.0000, Rel. Des. Eros Piceli, unânime, j. 14.01.09, e MS 9041944-82.2007.8.26.0000, Rel. Des. Ivan Sartori, maioria, j. 19.09.07.

E mesmo se assim não fosse, a segurança seria intransmissível em razão de sua natureza personalíssima, o que também justificaria, em tese, a denegação da ordem *ex vi* do art. 485, inc. IX, do CPC (TJSP, Órgão Especial, MS 0045978-10.2017.8.26.0000, Rel. Des. Salles Rossi, unânime, j. 25.10.17).

Segurança denegada.

Diante do exposto, denega-se a segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2123538-47.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante A.S.A., são impetrados GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO e PRESIDENTE DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DEFERIRAM OS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA EM FAVOR DO IMPETRANTE E DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator que integra este Acórdão. **(Voto nº 37192)**

O julgamento teve a participação dos Exmos Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), JARBAS GOMES, MAR-

Acesso ao Sumário

CIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, AFONSO FARO JR., JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, ÁLVARO TORRES JÚNIOR, CORREIA LIMA, EUVALDO CHAIB, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 3 de julho de 2024.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – Impetração contra os critérios legais estabelecidos pela Lei Complementar Estadual nº 1.291/2016, reproduzidos no edital de concurso público, para ingresso na Polícia Militar do Estado de São Paulo – Utilização como sucedâneo do recurso próprio ou das vias adequadas – Ausência de qualquer ato concreto praticado pelas autoridades coatoras – Busca o impetrante, em verdade, a discussão de lei em tese – Descabimento – Súmula 266 do STF – Falta de interesse processual – SEGURANÇA DENEGADA.

VOTO

Vistos.

Mandado de Segurança que impetra **A,S.A.** contra ato do **PRESIDENTE DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV)** e do **GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO**.

Aduz o impetrante que pretende participar do concurso público para provimento do cargo de "Soldado de 2ª Classe do Quadro de Praças da Polícia Militar do Estado de São Paulo (QPPM)", autorizado por despacho do Exmo. Governador do Estado, em 26.12.2023.

Narra, entretanto, que o edital estabelece a idade máxima de 30 anos para inscrição no certame (item 1.3, capítulo II, do edital), contando o impetrante já com 36 anos, obstada, assim, sua participação.

Sustenta que referida restrição é desarrazoada, além de afrontar os artigos 7º, inc. XXX, e 37, inc. II, da Constituição Federal, conforme já decidido pelos Tribunais Superiores.

Afirma que a jurisprudência tem reconhecido a flexibilização do limite etário em concursos públicos de carreiras militares, ao passo que a aptidão física do candidato não pode ser aferida unicamente pela idade, devendo ser verificada

Acesso ao Sumário

em etapa específica do concurso.

Diante de tal obstáculo, alega não ter restado outra alternativa a não ser se valer do Poder Judiciário, para que seja garantido seu direito a participar do concurso.

Pugna pela concessão de liminar, para suspender os efeitos do ato impugnado e, ao final, pelo provimento do *mandamus*, para que seja garantida sua participação no certame. Requer, ainda, a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

É o relatório, passo ao voto.

I – Considerando a declaração de hipossuficiência carreada aos autos (fls. 32), bem como à míngua de elementos a infirmar a alegação de insuficiência de recursos financeiros para arcar com as custas e despesas processuais em detrimento de sua própria subsistência, concedo ao impetrante os benefícios da justiça gratuita.

II – Inadequada a via eleita, conquanto o mandado de segurança não é sucedâneo recursal, carecendo o impetrante de interesse processual, de rigor, destarte, a denegação da ordem.

A via estreita do mandado de segurança se mostra adequada para fazer cessar ou prevenir ato violador de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*. **A ação mandamental não constitui, porém, substitutivo do recurso próprio ou da via processual adequada**, não sendo lícito à parte valer-se do mandado de segurança para obter por vias oblíquas aquilo que não buscou ou não alcançou pelos meios apropriados (cf. HELY LOPES MEIRELLES, *"Mandado de Segurança, Ação Popular e Ação Civil Pública"*, RT, 11a ed., p. 19).

Na hipótese dos autos, pleiteia o impetrante que não seja obstada a sua inscrição em concurso público da Polícia Militar do Estado de São Paulo, muito embora não atenda à limitação etária prevista no edital.

Pois bem.

Como se vê, o impetrante não aponta ato concreto praticado pelas autoridades coatoras, vez que sequer foi indeferida sua inscrição pela Comissão do Concurso.

Pretende o impetrante, através do remédio heroico, a discussão da Lei Complementar Estadual nº 1.291/2016, que dispõe sobre o ingresso na Polícia Militar do Estado de São Paulo. Ora, busca o impetrante, em verdade, debater os critérios legais estabelecidos pelo edital, intento que se mostra inadmissível nesta sede.

A Lei Complementar Estadual nº 1.291/2016, reproduzida no edital do concurso público, constitui norma de caráter nitidamente genérico e abstrato, vez que não é individualizada e nem foi praticado pela autoridade coatora para atingir, de maneira concreta, eventual direito líquido e certo do impetrante. Ou

Acesso ao Sumário

seja, como não lesa, por si só, qualquer direito individual, não se afigura o exame da alegada ilegalidade através do *writ*, sendo manifestamente inadequada a via eleita para se insurgir contra o ato impugnado, nos termos da Súmula 266 do C. STF (*"Não cabe mandado de segurança contra lei em tese"*).

III – À vista do exposto, pelo meu voto, **carecendo a parte impetrante de interesse processual, inadequada a via eleita, DENEGO A ORDEM.**

Sem custas, porquanto deferido o benefício da gratuidade de justiça em favor do impetrante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2065245-84.2024.8.26.0000, da Comarca de São Carlos, em que é impetrante CARLOS MUSETTI, são impetrados PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO e CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES 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. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. FERNANDO TORRES GARCIA E BERETTA DA SILVEIRA. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. XAVIER DE AQUINO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.486)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XAVIER DE AQUINO (Presidente), ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, AFONSO FARO JR., JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, GOMES VARJÃO, FRANCISCO LOUREIRO e DAMIÃO COGAN.

São Paulo, 7 de agosto de 2024.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – impetração contra decisão do Presidente da Seção de Direito Privado que negou seguimento a Recurso Especial – ato praticado no exercício de competência delegada pelo STJ – impossibilidade de revisão da decisão por

Acesso ao Sumário

esta Corte – competência do STJ, delegante, para análise do "mandamus" – incompetência absoluta do TJSP – decisão do STJ acostada pelo impetrante que, aparentemente, não considerou a delegação de competências, contrariando jurisprudência da própria Corte Federal – entendimento consolidado também neste Órgão Especial – processo julgado extinto, sem resolução do mérito, denegando-se a segurança, nos termos do art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009, c.c. art. 485, IV, do CPC

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Carlos Musetti contra atos do Presidente da Seção de Direito Privado e da Câmara Especial de Presidentes deste Tribunal de Justiça.

Historia que, em cumprimento de sentença relativo a expurgos inflacionários, movido contra o Banco do Brasil S.A., o juízo da 1ª Vara Cível de São Carlos indeferiu pleito de aplicação do Tema 677 Revisado do STJ, segundo o qual, "na execução, o depósito efetuado a título de garantia do juízo (…) não isenta o devedor do pagamento dos consectários de sua mora, conforme previstos no título executivo". Isso porque a nova tese não teria transitado em julgado.

Interposto agravo de instrumento contra tal decisão, a 17ª Câmara de Direito Privado desta Corte negou provimento ao recurso, por considerar que o depósito judicial realizado tempestivamente pelo Banco do Brasil correspondeu ao pagamento, cessando a mora. Tal representaria incidência da redação anterior do Tema 677, já que a nova interpretação não transitou em julgado.

Houve oposição de embargos de declaração e, finalmente, de Recurso Especial, cujo seguimento foi denegado pelo Presidente da Seção de Direito Privado, dada a correspondência do acórdão da 17ª Câmara de Direito Privado com o Tema 677 (fls. 562/564).

Agravo interno igualmente restou infrutífero, negado provimento pela Câmara Especial de Presidentes. Compreendeu-se, consoante ementa, pela "Extinção da obrigação do devedor, nos limites da quantia depositada, na situação de depósito para pagamento do débito", nos termos do Tema 677 do STJ (fls. 572/577).

Agravo em Recurso Especial não foi conhecido pela Presidência da Seção de Direito Privado (fls. 608/611).

Daí o presente "writ", em que o impetrante busca a concessão da segurança para "suspender a ocorrência do trânsito em julgado da decisão proferida em agravo interno, que aplicou tema antigo ao caso, como também, da que inadmitiu agravo em recurso especial interposto contra a mesma", (…), "a fim

Acesso ao Sumário

de que seu direito líquido e certo de ter seu recurso apreciado e julgado consoante as normas vigentes (relativas aos juros de mora e à aplicação do Tema 677, revisado e em vigor) possa ser garantido/protegido, não sendo prejudicado/obstado ilegal e abusivamente (já que necessita de interpretação conforme e sem usurpação de competência do STJ)".

Indeferida liminar pleiteada (fls. 616/618).

O Presidente da Seção de Direito Privado desta Corte prestou informações às fls. 624/625.

A D. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da segurança (fls. 632/639).

É o relatório.

Não obstante a decisão do Superior Tribunal de Justiça acostada pelo impetrante às fls. 643/644, a hipótese é de extinção do processo sem resolução do mérito e consequente denegação do writ, nos termos do art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009, c.c. art. 485, IV, do CPC, pela incompetência absoluta desta Corte para apreciar mandado de segurança contra ato praticado por um de seus órgãos no exercício de competência delegada por aquela Corte Federal, circunstância, ao que parece, não ponderada no ato do STJ, já que contrária à jurisprudência daquele mesmo Tribunal Superior.

De fato, uma vez que o Presidente da Seção de Direito Privado negou seguimento ao Recurso Especial – ato corroborado pela Câmara Especial de Presidentes – atuando por delegação do STJ, a decisão proferida não está sujeira a controle por este Tribunal de Justiça, mas exclusivamente pelo STJ, posto que o ato, a rigor, pertence àquela Corte Superior.

Nessa linha, a compreensão clara do STJ:

"A decisão proferida pelos Tribunais de origem na apreciação de recursos especiais e extraordinários, seja no que diz respeito à sua admissibilidade, seja no que diz respeito à concessão de efeito suspensivo, consubstanciam exercício de poder delegado dos Tribunais Superiores. Assim, o controle dessas decisões não compete ao órgão colegiado, na origem, mas ao próprio STJ ou ao próprio STF, conforme se trate da interposição de recurso especial ou extraordinário" (AgRg na MC 15.889/RJ, Relatora Min. Nancy Andrighi, julgado em 06/10/2009, DJe 04/11/2009).

"Quando exercem o juízo de admissibilidade de RECURSO ESPECIAL e EXTRAORDINÁRIO, o Presidente, ou Vice-Presidente, do Tribunal a quo agem como órgão delegado dos Tribunais Superiores. Assim, ao contrário das hipóteses previstas no art. 1.030, I e III, do Código de Processo Civil, a competência para rever as decisões do Presidente ou Vice-Presidente que tiverem como base as situações constantes no art. 1.030, V, da Lei Adjetiva Civil, é exclusiva do Tribunal Superior, que delegou o poder, e não do órgão colegiado do Tribunal de origem" (Decisão monocrática, AREsp 1879962, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 03.11.2021).

E ainda, a posição reiterada deste OE:

Acesso ao Sumário

"MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO DA CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, QUE NEGOU PROVIMENTO A AGRAVO INTERNO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE NÃO ADMITIU RECURSO ESPECIAL. O ATO APONTADO COMO COATOR OCORREU NO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE JURISDICIONAL DELEGADA PELO TRIBUNAL AD QUEM, NÃO SENDO POSSÍVEL SEU CONTROLE NA PRÓPRIA INSTÂNCIA EM QUE EXERCIDA TAL ATIVIDADE. FALTA DE COMPETÊNCIA DESTE ÓRGÃO ESPECIAL PARA PROCESSAR E JULGAR O MANDADO DE SEGURANÇA. FALTA DE PRESSUPOSTO PROCESSUAL. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO (ART. 485, IV DO CPC), COM CONSEQUENTE DENEGAÇÃO DA ORDEM". (TJSP; Mandado de Segurança Cível 2173497-55.2022.8.26.0000; Relator: Campos Mello; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Cabreúva – Vara Única; Data do Julgamento: 07/12/2022; Data de Registro: 13/12/2022).

"Mandado de segurança – Impetração contra ato jurisdicional do Presidente da Seção de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo, que não conheceu do Agravo Interno interposto contra a decisão monocrática que não conheceu do Agravo em Recurso Especial interposto em face de decisão que negou seguimento ao Recurso Especial com fundamento no regime dos recursos repetitivos interposto pelo impetrante nos autos de apelação cível – Ausência de competência do Col. Órgão Especial para julgamento do feito – Atuação do Presidente da Seção de Direito Privado no exercido de poder delegado do E. Superior Tribunal de Justiça – Inteligência do Artigo 13, inciso I, alínea "b" do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo – Precedentes jurisprudenciais – Processo extinto na exegese do Artigo 485, inciso IV do Código de Processo Civil c/c o Artigo 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009 – Segurança negada" (TJSP; Mandado de Segurança Cível 2127532-54.2022.8.26.0000; Relatora: Marcia Dalla Déa Barone; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Conchas – 2ª Vara; Data do Julgamento: 23/11/2022; Data de Registro: 24/11/2022).

"MANDADO DE SEGURANÇA. Hipótese em que a Câmara Especial de Presidentes negou provimento a Agravo Interno interposto contra decisão do Desembargador Presidente da Seção de Direito Privado, que por sua vez havia negado seguimento a Recurso Especial. Impetração do mandamus perante o C. Órgão Especial. Incompetência. Atuação por delegação do Tribunal ad quem. Precedentes. Processo extinto, com amparo no artigo 6º, § 5º da Lei nº 12.016/2009 c.c artigo 485, inciso IV, do CPC. Segurança denegada" (TJSP; Mandado de Segurança Cível 2152282-23.2022.8.26.0000; Relator: Xavier de Aquino; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Regional VI – Penha de França – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/08/2022; Data de Registro: 02/09/2022).

Nem se diga que o Presidente da Seção de Direito Privado integra o Conselho Superior da Magistratura, e, assim, consoante o art. 13, I, "b", c.c. o art. 15, do RITJSP, caberia a este Órgão Especial apreciar o mandado de segurança contra a decisão por ele prolatada. O ato impugnado não se insere nas atribuições daquele Conselho Superior. Tem natureza jurisdicional e monocrática, au-

Acesso ao Sumário

tônoma ao Conselho, própria do Presidente da Seção, como previsto no art. 256 do RITJSP, e por isso não incumbe a este OE sua análise.

É o entendimento deste Colegiado:

"Ainda que a autoridade indicada na emenda de fls. 1345/1346 como coatora integre o Conselho Superior da Magistratura (o e. Des. Presidente da Seção de Direito Privado), segundo disposto no artigo 15 do Regimento Interno, o ato indicado como alvo da presente impugnação não se relaciona ao exercício das funções relativas ao Conselho Superior. Aqui a sua atividade foi evidentemente jurisdicional e para eventual reforma a Legislação Processual prevê tipos recursais e ritos próprios. Esgotados, não se há mais falar em recurso. Se o caso, só para atividades tipicamente administrativas a cargo do douto Impetrado se justificaria a competência originária jurisdicional deste col. Órgão Especial. Vale repetir, a competência originária deste col. Órgão de Cúpula, para o julgamento de Mandados de Segurança, se destina a atos relativos às atividades típicas dos órgãos de direção relacionados no artigo 13, inciso I, item B, no qual não se insere a decisão denegatória proferida pelo Des. Presidente da Seção de Direito Privado no exercício jurisdicional de admissibilidade de Recurso Especial. Torno a dizer, a decisão que ensejou a impetração do presente 'mandamus' não está abrangida na norma regimental indicada pelas partes. A situação é outra e se aproxima do conteúdo do art. 256 do mesmo RITJESP. O e. Des. Presidente da Seção de Direito Privado, ao decidir sobre eventual seguimento de Recurso Especial, não age como integrante do Conselho Superior da Magistratura. O faz por conta da delegação do e. Superior Tribunal de Justiça, de sorte que a decisão que rechaçou o Agravo Interno, decorrente daquela que negou seguimento ao Recurso Especial, não se submete ao controle do Órgão Especial. O juízo de admissibilidade do Recurso Especial pela autoridade coatora é ato praticado no exercício de funções próprias das Cortes Superiores e apenas delegadas aos Presidentes das Seções do Tribunal. (…). O controle dessa atividade delegada evidentemente é atribuição do ente delegante" (Mandado de Segurança Cível nº 2093853-92.2024.8.26.0000, Rel. Roberto Solimene, j. 12.06.2024).

Frente ao exposto, com fundamento no art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009, c.c. art. 485, IV, do CPC, julga-se extinto o processo, sem resolução do mérito, denegando-se a segurança.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2037874-48.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante (...), é impetrado PRESIDENTE DA COMISSÃO DO 190º CONCURSO DE PROVAS E TÍTULOS PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. LUIZ SOARES SILVA NETO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.236OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, AFONSO FARO JR., JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, GOMES VARJÃO, FRANCISCO LOUREIRO e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 14 de agosto de 2024.

DAMIÃO COGAN, Relator

Ementa: Mandado de Segurança. 190º Concurso Público da Magistratura de São Paulo. Pretensão que seja apreciado o mérito dos recursos administrativos interpostos discutindo questões da primeira etapa da prova escrita. Recursos não conhecidos por estarem identificados com o nome completo do candidato no campo questionamento. Consta expressamente do edital que não é possível haver qualquer identificação do candidato nas razões apresentadas no recurso interposto, submetendo o seu descumprimento ao não conhecimento do recurso. Reprodução do regramento geral para os concursos públicos da Magistratura Nacional apresentado pela Resolução nº 75/2009, do Conselho Nacional de Justiça. Ausência de direito líquido e certo. Tema nº 485, do C. STF – Repercussão Geral. 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. Não comprovação do direito líquido e certo. Ordem denegada.

VOTO

Ingressa (...) com o presente Mandado de Segurança contra ato da Exmª. Srª. Desembargadora Presidente da Comissão do 190º concurso de Provas e Títulos para ingresso na Magistratura deste Tribunal de Justiça de São Paulo

Acesso ao Sumário

pretendendo a concessão da ordem para que seja determinado que se conheça dos recursos nº 276731, 276694 e 276545, IDs 438FB, 438D6 e 43841, respectivamente, e aprecie o mérito dos mesmos e, caso seja alcançada a nota mínima de 6,00 pontos, sejam realizadas as correções das provas práticas de sentenças cível e penal.

Afirma que promoveu sua inscrição (sob o nº 32269412) em aludido certame, na condição de pessoa negra-parda, tendo obtido a nota final de 4,85 pontos na primeira etapa da prova escrita (dissertação e questões discursivas), segundo edital publicado aos 05.10.2023. Considerando que o resultado obtido não era compatível com as resoluções apresentadas aos questionamentos das provas, o impetrante interpôs recursos, por meio da plataforma ofertada pela organizadora do concurso (VUNESP) contra as notas obtidas na dissertação e nas questões de nº 2 e 3, respectivamente registrados sob os nºs 276731 (ID-438FB), 276694 (ID438D6) e 276545 (ID 43481). Argumenta que, nos termos do item 16.1.3 (fls. 40) do edital de abertura, a identificação do candidato se daria apenas na petição de interposição do recurso, sendo certo que a plataforma digital da VUNESP apresentava apenas dois formulários, identificados como "questionamento" e "embasamento", o que teria gerado dúvidas no impetrante quanto à forma de confecção dos recursos. Objetivando maiores esclarecimentos, narra ter contatado, via telefone, a organizadora VUNESP aos 13.10.2023, às 17h10min (fls. 170), ocasião em que teria sido orientado no sentido de que o campo "questionamento" equivaleria à petição de interposição, enquanto o campo "embasamento" se prestaria à descrição das razões recursais. Destaca, entretanto, que no edital de julgamento publicado em 28.11.2023 (fls. 113/154) tomou ciência do resultado negativo de seus recursos (fls. 134). Após formular requerimentos (fls. 155 e 157/160), obteve, em meados de janeiro/2024, cópias das decisões que não conheceram dos recursos interpostos (fls. 161/163), as quais, na essência, têm por fundamento o fato de que o candidato/impetrante se identificou nas razões recursais, o que viola a isonomia e a regra do item 16.1.3. do edital. Em tal cenário e sob alegação de violação a direito líquido e certo, considerando que a solução imposta a suas inconformidades contrariam orientação que afirma ter obtido da própria organizadora do certame (VUNESP), além do edital não dispor objetiva e transparentemente o conceito de "petição de interposição" do recurso, abalando assim os princípios da informação e legalidade em sentido estrito, busca a concessão de liminar para que seja ordenada a efetiva apreciação dos mencionados recursos, bem como seja autorizado, ao impetrante, a participação nas demais etapas do certame.

Acesso ao Sumário

Por meio da petição juntada às fls. 201/202, o impetrante requereu aditamento à inicial para o fim de esclarecer que o concurso está em fase de convocação dos candidatos aprovados para a inscrição definitiva, realização de exames médicos e entrevista na comissão de heteroidentificação (fls. 204/223, 224/230

e 231/232), ajustando os pedidos originalmente formulados para, no mérito, requerer a concessão da segurança para o fim de 1) determinar que a autoridade coatora conheça dos recursos nº 276731, 276694 e 276545, IDs 438FB, 438D6 e 43841, respectivamente, e aprecie o mérito dos mesmos, e conforme for o caso, dando-lhe ou negando-lhe provimento, e se porventura for alcançada a nota mínima de 6,00 pontos 2) sejam realizadas as correções das provas práticas de sentenças cível e penal. Juntou a fls. 250/254 conversas do WhatsApp com seu irmão e advogado sobre os recursos. Juntou nova manifestação a fls. 269/271 acerca da resposta da autoridade coatora. A fls. 282/289 faz a juntada de planilhas que computam o número de recursos conhecidos e não conhecidos ou não providos que pretende utilizar durante a sustentação oral, com o objetivo de informar que dos 1.665 recursos interpostos contra a prova dissertativa, apenas 199 foram conhecidos e providos.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 233/235), assim como a justiça gratuita (fls. 255/256).

A autoridade coatora apresentou informações e apontou que o candidato deve sempre se orientar pelas regras editalícias de qualquer concurso público. Em específico, do 190º Concurso de Ingresso da Magistratura estabelece no item 16.1.3 a vedação de qualquer identificação nas razões do recurso. Informou que para acessar o portal do recurso, o candidato necessitou entrar na sua área privativa no site da VUNESP, mediante login e senha cadastrados anteriormente, permitindo, então, o acesso à página do concurso para a interposição do recurso. Neste momento, portanto, já ocorre a identificação do candidato, vinculando o recurso interposto a seu cadastro efetuado no momento da inscrição no certame. Há dois campos a serem preenchidos pelo candidato, o de "questionamento" e o de "embasamento", e ambos, preenchidos ou não, são encaminhados para análise da Comissão de Concurso. Denota-se, ainda, que estes campos são de livre preenchimento de texto pelo candidato recorrente, e a indicação de nome, número de inscrição ou outro dado ou documento não teria como ser ocultada, incorrendo, evidentemente, na identificação prévia, não permitindo o conhecimento do recurso, de acordo com as regras editalícias. Assim, não deveria haver a identificação em nenhum dos referidos campos, o que o impetrante acabou efetuando junto ao campo "questionamento" (fls. 264/267).

A douta Procuradoria Geral de Justiça é pela denegação da ordem (fls. 321/326), em parecer assim ementado:

> CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS E TÍTULOS PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA DO ESTADO DE SÃO PAULO. NÃO CONHECIMENTO MOTIVADO DOS RECURSOS. CONTROLE DE LEGALIDADE RESTRITO À COMPATIBILIDADE COM O EDITAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM.
>
> 1. Mandado de segurança no qual se busca a apreciação os recursos

Acesso ao Sumário

interpostos das questões da segunda fase da prova para provimento ao cargo de Magistrado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

2. Comissão Examinadora que não conheceu dos recursos em razão da identificação do impetrante, agindo de acordo com regra editalícia.

3. Denegação da segurança.

O impetrante apresentou memoriais, requerendo o deferimento do pedido de sustentação oral mediante videoconferência (fls. 329/330).

É o relatório.

O impetrante participou do 190º Concurso de Provas e Títulos para Ingresso na Magistratura de São Paulo e pretende, através desta ação, que sejam apreciados no mérito seus três recursos administrativos interpostos discutindo questões da primeira etapa da prova escrita (que obteve a nota final 4,85 pontos, sendo necessário 6,0 pontos para prosseguir na próxima etapa).

Os recursos não foram conhecidos por estarem "identificados" com seu nome completo no campo "questionamento".

Como se observa, consta expressamente do edital que não é possível haver qualquer identificação do candidato nas razões apresentadas no recurso interposto, submetendo o seu descumprimento ao não conhecimento do recurso:

16. DOS RECURSOS

16.1. O(a) candidato(a) poderá interpor recurso, sem efeito suspensivo, no prazo de 2 (dois) dias úteis, contado do dia imediatamente seguinte ao da publicação do ato impugnado.

16.1.1. O(a) candidato(a) que interpuser recurso contra os gabaritos oficiais preliminares das provas objetivas e das provas escritas (discursiva e de prática de sentença) deverá utilizar campo próprio para a interposição de recursos no site da Fundação VUNESP (www.vunesp.com.br), na página específica do concurso público objeto deste edital, na Área do Candidato, e seguir as instruções ali contidas, não se admitindo nenhuma outra forma.

16.1.2. Os demais recursos previstos neste edital serão formulados também por meio de acesso no site da FUNDAÇÃO VUNESP (www.vunesp.com.br), na página específica do concurso público, na Área do Candidato, que serão dirigidos à Presidente da Comissão de Concurso, para a detida análise, à exceção do recurso destacado no subitem 13.7 (5ª Etapa – Avaliação de Títulos), cujas razões deverão ser encaminhadas por e-mail para sema.concurso@tjsp.jus.br.

16.1.3. **O(a) candidato(a) deverá identificar-se somente na petição de interposição, sendo vedada qualquer identificação nas razões do recurso, sob pena de não conhecimento do recurso.**

Assim, a regra imposta pelo edital se apresenta de forma clara, objetiva e unificada, restando ao candidato segui-las, sob pena do não conhecimento do recurso, com o objetivo de não identificar o nome do candidato na análise do recurso pela Comissão Examinadora.

Acesso ao Sumário

Acrescente-se a isso que o **Conselho Nacional de Justiça**, com o fim de evitar as frequentes impugnações na esfera administrativa e/ou jurisdicional, editou norma destinada a regulamentar e uniformizar o procedimento e os critérios relacionados ao concurso de ingresso na carreira da magistratura do Poder Judiciário Nacional, apresentando a **Resolução nº 75, de 12 de maio de 2009**, que trata dos recursos nos seguintes termos:

CAPÍTULO IX

DOS RECURSOS

Art. 70. O candidato poderá interpor recurso, sem efeito suspensivo, no prazo de 2 (dois) dias úteis, contado do dia imediatamente seguinte ao da publicação do ato impugnado.

§ 1ª É irretratável em sede recursal a nota atribuída na prova oral.

§ 2ª O recurso será dirigido ao presidente da Comissão de Concurso, nos locais determinados no edital, incumbindo-lhe, em 48 (quarenta e oito) horas, submetê- lo à Comissão de Concurso ou à Comissão Examinadora.

§ 3ª O candidato identificará somente a petição de interposição, vedada qualquer identificação nas razões do recurso, sob pena de não conhecimento do recurso.

Art. 71. Os recursos interpostos serão protocolados após numeração aposta pela Secretaria, distribuindo-se à Comissão respectiva somente as razões do recurso, retida pelo Secretário a petição de interposição.

Parágrafo único. A fundamentação é pressuposto para o conhecimento do recurso, cabendo ao candidato, em caso de impugnar mais de uma questão da prova, expor seu pedido e respectivas razões de forma destacada, para cada questão recorrida.

Art. 72. A Comissão, convocada especialmente para julgar os recursos, reunir-se-á em sessão pública e, por maioria de votos, decidirá pela manutenção ou pela reforma da decisão recorrida.

Parágrafo único. Cada recurso será distribuído por sorteio e, alternadamente, a um dos membros da Comissão, que funcionará como relator, vedado o julgamento monocrático.

Como se observa, o edital repete a mesma redação da Resolução que unificou as regras e procedimentos dos concursos públicos da Magistratura Nacional, sendo uma norma geral de reprodução recomendada nessa espécie de concurso.

Inexistente, pois, qualquer irregularidade, ilegalidade ou inconstitucionalidade, uma vez que o Poder Judiciário fica restrito a essas questões no exame de questão relacionada a concurso público, nos termos do Tema 485, do C. Supremo Tribunal Federal, de Repercussão Geral:

Tema 485 – Controle jurisdicional do ato administrativo que avalia questões em concurso público.

Relator: MIN. GILMAR MENDES

Leading Case: RE 632853

Acesso ao Sumário

Descrição: Recurso extraordinário em que se discute à luz dos artigos 2º e 5º, caput, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário realizar controle jurisdicional do ato administrativo que, em concurso público, avalia as questões objetivas formuladas, quando as respostas tidas como corretas pela banca examinadora divergem da bibliografia indicada no edital.

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 inconstitucionalidade.

Dessa forma, pelo que se verifica, a atuação da Comissão Examinadora se deu nos limites do edital e de acordo com a Resolução do CNJ, não havendo qualquer ilegalidade, o que também afasta a existência de direito líquido e certo do impetrante.

Nesse sentido já decidiu este C. Órgão Especial, em voto de excelente lavra, de relatoria do Desembargador Beretta da Silveira:

MANDADO DE SEGURANÇA. Concurso público. Magistratura. Alegação de nulidade por falta de fundamentação no indeferimento de recursos interpostos contra a correção da prova discursiva. Incidência da Tese nº 485 da Repercussão Geral. **Limitação do controle judiciário à legalidade e constitucionalidade do ato administrativo. Atuação da Banca Examinadora que se efetivou nos estritos lindes do edital de abertura do certame, bem como em perfeita consonância com a Resolução CNJ nº 75, de 12.05.2009. Ausência de qualquer vício, bem como de direito líquido e certo do impetrante.** Doutrina e precedentes do STF, do STJ e desta Corte. SEGURANÇA DENEGADA. (TJSP; Mandado de Segurança Cível 2164785-81.2019.8.26.0000; Relator: Beretta da Silveira; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 28/08/2019; Data de Registro: 29/08/2019)

Assim, não se verificam presentes os requisitos para a concessão da ordem.

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*

Acesso ao Sumário

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:

> *"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*

Acesso ao Sumário

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 apoia 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; está 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

Acesso ao Sumário

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).

Assim, inexistente direito líquido e certo, é de ser denegada a segurança.

Isso posto, **denega-se a segurança.**

Representações Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação Criminal/Notícia de Crime nº 2131916-89.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é representante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, interessados ESTADO DE SÃO PAULO, A.M.F.S., MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e SECRETÁRIO DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é representado SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DETERMINARAM O ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.444)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), AFONSO FARO JR., JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, PAULO AYROSA, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS e CARLOS MONNERAT.

São Paulo, 31 de julho de 2024.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Ementa: REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – Instauração de procedimento para averiguar a prática,

Acesso ao Sumário

pelo Secretário de Estado da Saúde, de suposto crime de desobediência – Promoção de arquivamento pela Procuradoria-Geral de Justiça – Impossibilidade de recusa do pleito de arquivamento formulado pelo titular da ação penal – Precedentes do C. Órgão Especial – Determinação de arquivamento, ressalvado o disposto no art. 18 do Código de Processo Penal.

VOTO

Trata-se de promoção de arquivamento da representação criminal/notícia de crime SEI/MP nº (...), instaurada para averiguar a prática, pelo Secretário de Estado da Saúde, de crime de desobediência, em razão de suposto descumprimento de ordem judicial proferida no processo nº (...).

O Procurador de Justiça alega ausência de intenção de desobedecer, em razão de dificuldades concretas que não podiam ser superadas, especialmente porque a paciente não estava sendo atendida pelo SUS e pela necessidade de sua inclusão na regulação pela central de vagas (Sistema CROSS). Afirma que o objeto do expediente se esgotou porque a cirurgia foi realizada pela paciente por meios próprios. Sustenta que, ausente o elemento subjetivo do tipo, a hipótese é de arquivamento da notícia de fato.

Foi certificado que *"o arquivamento da NF n. (...), SEI n. (...), foi publicado no DOE do dia 24/04/2024"* e que *"não houve manifestação nos termos do art. 117 da Lei Complementar n. 734/93, referente aos feitos publicados no Diário Oficial do Estado do dia 24 de abril de 2024"* (fls. 242 e 243).

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

O pedido de arquivamento deve ser acolhido.

A Procuradoria-Geral de Justiça alegou a inexistência da prática de qualquer infração penal a ser apurada, nos seguintes termos:

> *"Trata-se de peças de informação oriundas da Promotoria de Justiça Cível Central encaminhadas para apurar eventual crime de desobediência que teria sido cometido pelo Sr. Secretário de Estado da Fazenda do Estado de São Paulo, em relação aos fatos ocorridos no processo (...), onde foi proferida ordem para a realização de cirurgia para remoção de tumor que comprime a medula da paciente e inviabiliza a sua deambulação.*
>
> *Consta o deferimento da medida liminar em face das Fazendas Municipal e Estadual para '1. Providenciar a imediata remoção e internação da autora em hospital da rede pública adequado ao tratamento reclamado pela autora. Prazo 48 horas. 2. Providenciar os exames médico-laboratoriais necessários para avaliação da autora no prazo máximo de 48 horas, contadas da internação, e disponibilizar todos as providências necessárias ao tratamento – inclusive cirúrgico de acordo com a conclusão médica. Na inércia, ou descumprimento (que*

Acesso ao Sumário

deverá ser comunicado nestes autos), incidirá multa de R$ 2.000,00 por dia, no limite de R$ 200.000,00, sem prejuízo de todas as providências necessárias à aferição de eventual responsabilidade criminal e administrativa' (fls. 155 dos autos judiciais (...)).

Diante da falta de cumprimento da ordem, a MM. Juíza de Direito da 13ª Vara da Fazenda Pública da Capital determinou o encaminhamento de cópias dos autos ao Ministério Público (fls. 210 dos autos judiciais (...)).

No Ministério Público do Estado de São Paulo, houve apreciação pela Promotoria da Saúde Pública da Capital onde se verificou que a autora não utilizou os serviços do SUS, de modo que não vislumbrou negativa ou demora de atendimento pelo sistema público de saúde, e acrescentou que a fila para a realização da pretendida é objeto de inquérito civil onde se acompanha a demanda e a organização da sua gestão (fls. 220/221 dos autos da notícia de fato).

Remetido o expediente à Subprocuradoria-Geral de Justiça Jurídica, procedeu-se ao arquivamento sob a ótica de eventual improbidade administrativa porque atípica a conduta a luz da Lei n. 8.429/92 com as alterações trazidas pela Lei n. 14.230/21, com determinação de remessa do expediente a este Setor de Competência Originária Criminal (fls. 225/228 dos autos da notícia de fato).

E o relatório

Do expediente judicial, verifica-se que o objeto se esgotou porque a cirurgia foi realizada pela paciente por meios próprios (fls. 225 dos autos (...)).

A configuração do crime de desobediência, conforme jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, depende da existência da clara intenção do agente de não cumprir a ordem recebida.

Nesse sentido:

EMENTA: AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. FALSIDADE IDEOLÓGICA. DESOBEDIÊNCIA. AUSÊNCIA DE DOLO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. DENÚNCIA JULGADA IMPROCEDENTE. RÉU ABSOLVIDO NOS TERMOS DO INC. II, DO ART. 386, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

1. O crime de desobediência se configura quando demonstrada a clara intenção do agente de não cumprir ordem emanada da autoridade pública. Para a configuração do delito é insuficiente que a ordem não seja cumprida, sendo necessário que tenha sido endereçada diretamente a quem tem o dever de cumpri-la e que este, com vontade específica de contrariar, desatenda ao comando.

2. No caso dos autos, ficou demonstrado que o réu não foi responsável pelo descumprimento da ordem judicial, inexistindo, ademais, qualquer proceder doloso no fato ocorrido.

3. Denúncia julgada improcedente, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

(STF, Ação Penal 633, Plenário, v.u., relator Ministro Teori Zavascki, 24 de outubro de 2013.)

No caso concreto, os argumentos acostados às contestações apresentadas pelo Estado de São Paulo (fls. 58/66 dos autos judiciais (...)) e pelo Município de São Paulo (fls. 73/83 dos autos judiciais (...)) indicam ausência de intenção de desobedecer porque apresentam dificuldades concretas que não podiam ser

Acesso ao Sumário

superadas, especialmente porque a paciente não estava ainda sendo atendida pelo SUS e pela necessidade de sua inclusão na regulação pela central de vagas (Sistema CROSS).

Ausente o elemento subjetivo do tipo, a hipótese é de arquivamento.

Nestes termos, por delegação do Excelentíssimo Sr. Procurador-Geral de Justiça (artigo 116, inciso XIV, da Lei Orgânica do Ministério Público), promovo ? ARQUIVAMENTO da presente notícia de fato, com as ressalvas do artigo 18 do Código de Processo Penal."

A pretensão de arquivamento de elementos de informação é atribuição exclusiva do Ministério Público, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal, tratando-se de prerrogativa inerente à sua função institucional prevista no art. 129, I, da Constituição da República.

Ressalte-se que a jurisprudência deste C. Órgão Especial é pacífica quanto à impossibilidade de recusa do pleito de arquivamento formulado pelo titular da ação penal.

Nesse sentido:

"REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO PARA APURAR PRÁTICA DE SUPOSTO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA PELO SECRETÁRIO DE SAÚDE DO ESTADO DE SÃO PAULO – PROMOÇÃO DE ARQUIVAMENTO FORMULADA PELO PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA – PEDIDO QUE NÃO PODE SER RECUSADO – PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL – ARQUIVAMENTO DETERMINADO, COM RESSALVA DO ARTIGO 18 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL." (TJSP; Representação Criminal/Notícia de Crime 2103318-28.2024.8.26.0000; Relator: Matheus Fontes; Órgão Julgador: Órgão Especial; N/A – N/A; Data do Julgamento: 22/05/2024; Data de Registro: 23/05/2024)

"Inquérito policial contra Promotor de Justiça – Promoção de arquivamento por parte da D. Procuradoria Geral de Justiça – Elementos que comprovam que a conduta envolvendo o Promotor de Justiça se deu em legítima defesa – Acolhimento – Irrecusabilidade do pedido de arquivamento – Jurisprudência pacífica deste Col. Órgão Especial – Inquérito penal arquivado." (TJSP; Inquérito Policial 0031028-83.2023.8.26.0000; Relatora: Marcia Dalla Déa Barone; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central Criminal Barra Funda – Vara do Juizado Especial Criminal; Data do Julgamento: 06/12/2023; Data de Registro: 08/12/2023)

"Representação Criminal – Suposta prática de crime de prevaricação por Magistrada – Promoção de arquivamento pelo MP – Ausência de elementos a autorizar a instauração da ação penal – Irrecusabilidade do requerimento formulado pelo titular da ação penal – Acolhimento do pleito, com determinação de arquivamento dos autos." (TJSP; Representação Criminal/Notícia de Crime 2213554-81.2023.8.26.0000; Relator: Vico Mañas; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 27/09/2023; Data de Registro: 28/09/2023)

"Representação Criminal. Em consonância com massiva jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e deste colendo

Acesso ao Sumário

Órgão Especial, para o caso de peças de informação destinadas à apuração de suposta conduta típica em que a competência originária seja desta Corte, o pedido de arquivamento pelo Procurador-Geral de Justiça, exata hipótese destes autos, não pode ser recusado." (TJSP; Representação Criminal/Notícia de Crime 2062726-10.2022.8.26.0000; Relator: Roberto Solimene; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 11/05/2022; Data de Registro: 12/05/2022)

Ante o exposto, pelo meu voto, acolho o requerimento da Procuradoria-Geral de Justiça para determinar o arquivamento deste procedimento, nos termos do art. 3º, I, da Lei nº 8.038/1990, ressalvado o disposto no art. 18 do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2161980-82.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante M.G.M.M.S., é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº AI-0147/24-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, 6 de agosto de 2024.

TORRES DE CARVALHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: TRANSFERÊNCIA. Adolescente internado na Fundação CASA. Agressão por funcionário. Pedido de transferência. – Os autos não evidenciam outros relatos de agressão ou ameaça perpetradas contra o adolescente por funcionários do Centro de Atendimento Rio Tâmisa, o menor afirmou ao juiz não se sentir constrangido pelo servidor a quem imputada a agressão e a equipe técnica da Fundação CASA considera desnecessária a transferência, mitigada a hipótese de perpetuação da violência capaz de justificar excepcional determinação por juiz que não o da execução. Inteligência do art. 7º do Provimento CG nº 44/15. As questões envolvendo adaptação e permanência do adolescente na unidade de ressocialização devem ser submetidas ao juízo da execução da medida socioeducativa, competente para apreciá-las. Pre-

Acesso ao Sumário

cedentes da Câmara Especial. – Transferência indeferida. Agravo do adolescente desprovido.

VOTO

1. Trata-se de agravo interposto contra a decisão de fls. 33/34, aqui fls. 41/42, que indeferiu o pedido de transferência do menor M.G.M.M.S. para outra unidade da Fundação CASA. O agravante alega que em 19-4-2024, ao se levantar para buscar papel higiênico no sanitário e discutir com outro adolescente, foi agredido por servidor da Fundação CASA com joelhada no ombro e tapa no pescoço; houve registo de boletim de ocorrência, os fatos foram reportados ao juiz Corregedor e são apurados pela Corregedoria-Geral da Fundação CASA; sua relação com os funcionários da unidade de ressocialização está fragilizada; a ausência de confiança obsta os avanços socioeducativos perseguidos; não há garantia de que permanecerá seguro no local, o que afronta os art. 15, VI do Regimento Interno da Fundação CASA, art. 227 da CF, art. 5º, 15, 17, 94 e 94-A do ECA e art. 49, III da LF nº 12.594/12; embora sua percepção quanto ao local de cumprimento da medida não seja a única a ser considerada, o contexto indica que a transferência atende a interesse superior. Insiste, inclusive liminarmente, na transferência para outra unidade da Fundação CASA próxima da residência de sua família.

Não antecipei a tutela recursal (fls. 54/55). Contraminuta a fls. 64/67, com juntada de documento (fls. 68/87). A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento do recurso (fls. 90/96).

É o relatório.

2. O adolescente M.G.M.M.S., nascido em (...), cumpre medida socioeducativa de internação no Centro de Atendimento Rio Tâmisa, no município de São Paulo, desde 4-8-2023. Em 23-4-2024 o agravante procurou sua referência da pedagogia e relatou que na noite de 19-4-2024, após se levantar para ir ao banheiro e discutir com outro reeducando, teria sido agredido pelo funcionário G.I. com joelhada no ombro e tapa no pescoço. As providências necessárias foram adotadas e o caso foi informado à família do menor, à Corregedoria-Geral da Fundação CASA, ao juízo da execução da medida socioeducativa e, no expediente em que interposto este agravo, ao Juiz Corregedor Permanente da Fundação CASA (fls. 1/8 da origem).

3. Em 16-5-2024 o adolescente foi ouvido pelo juiz, reiterou a agressão sofrida e, ao final, sob alegação de que não teria se adaptado àquela unidade da Fundação CASA, requereu transferência para outra (fls. 33/34 da origem). No entanto, inexistem outros relatos de agressão ou ameaça perpetradas contra o agravante por funcionários que prestam serviços no Centro de Atendimento Rio Tâmisa, não há indícios de que o ambiente lhe seja hostil e, na audiência, o menor afirmou não se sentir constrangido pelo servidor a quem imputada a agressão, mitigando-se a hipótese de perpetuação da violência capaz de justifi-

Acesso ao Sumário

car a excepcional determinação, por juiz que não o da execução, de transferência do interno para outro estabelecimento da Fundação CASA (Provimento CG nº 44/15, art. 7º). Os fatos estão sendo apurados pelas autoridades competentes, a equipe técnica da Fundação CASA considera desnecessária a transferência do adolescente (aqui fls. 78) e nada indica que a permanência naquela unidade de ressocialização implique riscos à saúde física e mental do menor, o que exigiria imediata atuação do Poder Público.

Por fim, observo que questões outras envolvendo a adaptação e permanência do adolescente no Centro de Atendimento Rio Tâmisa, dissociadas dos excepcionais fatos de que cuidam o expediente em que interposto este agravo, já foram submetidas ao juízo da execução da medida socioeducativa, competente para apreciá-las (aqui fls. 87). Cito, por todos, precedente desta Câmara Especial:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução de medida socioeducativa de Internação – Pedido de providências – Insurgência contra decisão proferida pelo juiz corregedor, que indeferiu a transferência do educando para outra unidade da Fundação CASA – Alegação de insegurança do jovem, após sofrer agressões perpetradas por dois servidores da unidade da Fundação Casa de Pirituba, e seu desejo de estar mais próximo da residência da família – Não acolhimento da pretensão – Providência excepcionalíssima – Ausência de elementos que confirmem a inviabilidade da permanência do educando no centro de reabilitação – Competência do Juízo da execução para adotar as providências adequadas ao êxito do processo ressocializador – Pedido de transferência para outra unidade que deve, necessariamente, ser promovido nos autos da execução – Aplicação dos artigos 122 a 126, do ECA, art. 43 do SINASE e artigo 7º, do Provimento CG nº 44/2015 – Competência da Fundação CASA no manejo de vagas e de educandos de acordo com o perfil – Manutenção da r. decisão que se impõe – Precedentes desta Colenda Câmara Especial – RECURSO NÃO PROVIDO (A. G. da S. P. v. Ministério Público, AI nº 2348168-23.2023, Câmara Especial, 3-5-2024, Rel. Cláudio Teixeira Villar, negaram provimento ao recurso, v.u.).

O voto é pelo **desprovimento do agravo do adolescente**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2107413-04.2024.8.26.0000, da Comarca de Francisco Morato, em que são agravantes D.J. e T.J.O., é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimen-

to ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.806)**

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, 12 de agosto de 2024.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: "AGRAVO DE INSTRUMENTO – Acolhimento Institucional – Insurgência contra r. decisão que manteve o acolhimento institucional dos irmãos – Irresignação – Descabimento – Decisão interlocutória que se encontra suficientemente fundamentada, e dela se fez constar a necessidade da manutenção das medidas – Na origem, aguarda-se a realização de novos estudos para reavaliação da medida de proteção – Recurso não provido"

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por D.J. e T.J.O. contra a r. decisão interlocutória que, nos autos de ação de aplicação de medidas protetivas c.c. acolhimento institucional, com pedido de antecipação de tutela, promovida pelo representante do Ministério Público (Processo Digital nº 1001307-26.2024.8.26.0197), indeferiu a revogação do acolhimento institucional dos infantes D.J.G. (nascida em (...)) e G.D.J.G. (nascido em (...)) e A.J.J.G. (nascida em (...)).

Aduzem, em linhas gerais, que manteve o acolhimento institucional dos menores com base em alegações de possível abuso e negligência, ignorando evidências contrárias apresentadas pelos agravantes e o contexto familiar detalhado.

A fundamentação, segundo os agravantes, negligenciou a profundidade dos laços familiares e a importância do ambiente familiar para o desenvolvimento das crianças, conforme garantido pela legislação vigente e pelas normas internacionais sobre direitos humanos.

Sustentam que a defesa apresentou relatórios do CAPS que indicaram que não houve confirmação de tais alegações e que a família estava sendo acompanhada psicologicamente, ressaltando a ausência de provas concretas para sustentar uma medida tão drástica quanto o acolhimento institucional, além de destacar a falta de diagnósticos médicos formais e relatórios de saúde mental, o

Acesso ao Sumário

que caracteriza uma violação ao princípio da presunção de inocência e ao direito de defesa, além de constituir uma base frágil para uma intervenção tão invasiva na estrutura familiar.

No tocante à alegação de negligência educacional, segundo as razões de agravo, os recorrentes demonstraram que estavam em processo de transferência escolar para proteger a menor de um ambiente hostil, o que evidencia responsabilidade e cuidado parental, e não negligência.

Ressalta que a medida de acolhimento institucional é uma medida extrema, apontando ter ocorrido violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, bem como ausência de esforços suficientes para implementar medidas de apoio e acompanhamento familiar que poderiam evitar o afastamento das crianças de seu lar, conforme preconizado pelo artigo 101 do ECA.

Requer **a)** a concessão de efeito suspensivo ao presente recurso para suspender a eficácia da decisão recorrida até o julgamento final deste agravo; **b)** a revogação liminarmente da medida de acolhimento institucional dos três infantes. Ao final, provimento do agravo para reformar totalmente a decisão agravada, determinando a revogação da medida de acolhimento institucional dos menores e sua reintegração ao lar dos Agravantes (fls. ¼).

Indeferido o pedido de efeito de efeito suspensivo (fls. 25/28), apresentada a contraminuta (34/42) e, nesta instância, a Douta Procuradoria Geral de Justiça exarou parecer pelo improvimento do recurso (fls. 45/49).

É o relatório.

A despeito de todo o alegado, tem-se que, por ora, a r. decisão agravada deve ser mantida.

Não há dúvida de que crianças e adolescentes devem permanecer com suas famílias. De fato, estabelece a Lei nº 8.069/90, em seu art. 19, o direito à convivência familiar.

Verifica-se, no entanto, em cognição sumária, que o r. decisório combatido restou adequadamente fundamentado, sendo oportuna a seguinte transcrição: *"Quanto ao pedido de fls. 213/216, acolho os argumentos expendidos no parecer retro do Ministério Público e indefiro. Isso porque, ao menos por ora, não há elementos nos autos a indicar que a retomada da guarda dos filhos pelos requeridos é, no momento, a melhor opção aos menores, destacando-se que os infantes foram acolhidos há apenas pouco mais de uma semana, sendo certo que ainda não foi realizado estudo pelo Setor Técnico, restando inalterado o contexto fático probatório que justificou o acolhimento, conforme decisão de fls. 196-198, que ora reitero. No atual momento, não existem elementos seguros para autorizar o pedido nos termos em que formulado, o que deverá ser objeto de análise aprofundada na instrução destes autos e nos autos das respectivas execuções de acolhimento institucional, ressaltando-se que já foi agendado estudo psicossocial pelo Setor Técnico deste Juízo para o dia 25 (vinte e cinco)*

Acesso ao Sumário

deste mesmo mês. (fls. 270 dos autos de origem).

Eis, a propósito, o relatório técnico inicial, esclarece que: *"Em entrevista a genitora foi observado certa precariedade subjetiva, por vezes seu pensamento estava desorganizado, sem alterações no curso. O genitor tem discurso mais organizado, estruturado, não apresentou qualquer alteração no pensamento (forma, conteúdo, curso). Ambos os genitores insistiram em afirmar que a filha mais velha D. – tem alguma deficiência. Vale registrar que D. viveu grande parte da primeira infância em (...), somente com os genitores, sem rede escolar ou qualquer outra que trabalhasse estímulo ao desenvolvimento infantil adequado. Há clara desqualificação ao relato sobre suposto abuso a D. e a culpabilização pelo acolhimento institucional de G. e A.J. Ao mesmo tempo há falas que indicam atitudes protetivas quanto aos filhos. Presença de certa ambivalência. Genitora relatou uso de medicação para se acalmar. Foi possível perceber que há entre os genitores uma relação de dependência emocional. Sugiro avaliação dos genitores junto ao CAPSII. E, acompanhamento junto ao CREAS para maior entendimento da dinâmica familiar e as devidas orientações Importante avaliação técnica da equipe do SAICA e Capsi acerca das funcionalidades da adolescente D., como por exemplo, participação nas atividades diárias, execução de tarefas no ambiente doméstico, autonomia para o autocuidado, interação social, habilidades e cognição. Quanto aos filhos G. e A.J., é fundamental a apresentação de relatório sobre o observado pela equipe do SAICA quanto a interação com os genitores e entre os filhos. Este foi um estudo inicial com os genitores, sem a observação da relação entre genitores e filhos. O possível de pontuar é que pelo relato há referência a presença de vínculos afetivos e alguma noção de proteção. Considerando tempo de acolhimento, indico a apresentação de Plano individual de atendimento. Após discussão em rede é fundamental parecer sobre manutenção ou não das visitações dos genitores e acolhimento. Aguardar discussão em rede e apresentação de relatórios técnicos dos serviços da rede do município sobre os acompanhamentos indicados. Importante maiores subsídios técnicos sobre a dinâmica familiar para parecer conclusivo.* (fls. 312 dos autos de origem).

A outra inferência, destarte, não poderia chegar o d. Magistrado *a quo* senão a de determinar, na oportunidade, a realização de novo estudo psicossocial para se analisar *"a viabilidade de retorno dos menores à família natural ou extensa, como requerido pelo Ministério Público a fl. 316."* (Fls. 330 dos autos de origem), até que sobrevenha *"estudo psicossocial conclusivo"* sobre o tema principal posto em discussão.

Pertinente, a esta altura, rememorar, como bem pontuado no parecer da I. Procuradoria-Geral de Justiça, que: *"E, a despeito das alegações recursais, era mesmo hipótese de se manter o acolhimento dos infantes. Afinal, dada a gravidade do quadro acima descrito, se revelaria prematuro o seu retorno ao*

Acesso ao Sumário

convívio familiar, pairando fundadas dúvidas acerca da capacidade protetiva dos genitores. Nessa mesma decisão, o Juízo de origem também ressaltou a imprescindibilidade da realização de estudo técnico com os agravantes – providência tendente a melhor aferir as alegações expostas na inicial ministerial. O estudo em questão foi realizado no último dia 25/04 e o laudo já foi juntado aos autos de origem (fls. 309/312). Conforme constou desse documento, foi possível notar certa ambivalência nos relatos prestados pelos genitores, os quais denotam atitudes protetivas quanto aos filhos, ao mesmo tempo em que buscam desqualificar as denúncias de possíveis abusos sofridos por D. Assim é que se considerou adequadas a avaliação de ambos junto ao CAPS e o acompanhamento da dinâmica familiar pelo CREAS, como forma de se obter maiores subsídios para a melhor compreensão do caso. Ainda, já houve a designação pelo Juízo de origem de nova avaliação do grupo familiar pelo Setor Técnico, agendada para o próximo dia 01/08 (fls. 339). (fls. 48).

Induvidoso, de todo modo, que, a par de a medida protetiva de acolhimento institucional estar expressamente prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 101, VII da Lei nº 8.069/90), sua excepcionalidade se compreende plenamente neste momento processual.

Com vistas, portanto, à proteção integral dos infantes, é imperioso que, por ora, sejam mantidos em acolhimento institucional até que, com a devida instrução processual, o D. Juízo *a quo* profira solução definitiva sobre o caso.

Nesse sentido:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. AÇÃO PARA APLICAÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS. Decisão que determinou o acolhimento institucional da adolescente, suspendeu o poder familiar dos genitores e proibiu as visitas dos genitores e demais familiares. Recurso dos genitores. Descabimento. Configuração de situação de risco. Indícios de que a adolescente é vítima de abuso sexual perpetrado pelo genitor. Adolescente com grave quadro de saúde. Genitora que colocou a vida da filha em risco. Caso em avaliação pelo Setor Técnico do Juízo. Decisão mantida. Recurso não provido." (Agravo de instrumento nº 2044191-62.2024.8.26.0000, Relatora: Silvia Sterman, j. 06.05.2024).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE AFASTAMENTO DO CONVÍVIO FAMILIAR E ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. Decisão que determinara o abrigamento dos infantes. Insurgência dos genitores. Deliberação oportuna. Situação de risco evidenciada no conjunto formador de certeza e convicção aos autos reunidos. Histórico de maus tratos, com violências físicas e psicológica, além de ambiente familiar conflituoso, que ampararam a medida imposta. Relatos de problemas de saúde mental da genitora sem adesão aos tratamentos propostos. Eventual alteração da decisão proferida, sem prévia avaliação, traria prejuízos

Acesso ao Sumário

psicológicos às crianças. Dever geral de prevenção que deve ser observado. Princípio da proteção integral. Incidência do art. 70 e art. 100, par. único, II, ECA. Precedente. RECURSO NÃO PROVIDO." (Agravo de instrumento nº 2307537-37.2023.8.26.0000, Relator: Sulaiman Miguel, j. 15.02.2024).

Não vislumbrado, enfim, perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, mantém-se o r. *decisum* hostilizado.

Do exposto, **nega-se provimento ao agravo**.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1500845-58.2023.8.26.0581, da Comarca de (...), em que é apelante A.L.P.L. (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 39480)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 1º de julho de 2024.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: APELAÇÃO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO À CONTRAVENÇÃO PENAL DE VIAS DE FATO. Artigo 21 do Decreto-Lei nº 3.688/41. Representação julgada procedente. Recurso defensivo. Materialidade e autoria demonstradas. Confissão arrimada pelos depoimentos colhidos nos autos. Dolo manifesto na conduta. Ausência de insurgência contra a medida socioeducativa de liberdade assistida aplicada. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta por A.L.P.L. contra r. sentença (fls. 80/81) que julgou procedente a representação, reconhecendo a prática de ato infracional análogo à contravenção penal prevista no artigo 21 do Decreto-Lei nº 3.688/41, aplicando-lhe medida socioeducativa de liberdade assistida, pelo prazo mínimo de 6 (seis) meses, bem como a medida de proteção de tratamento médico/psiquiátrico/psicológico ambulatorial.

Requer a improcedência da representação, ao argumento, em resumo, da ausência de dolo e insuficiência probatória (fls. 95/98).

Oferecidas contrarrazões (fls. 104/106) e mantida a r. sentença (fls. 108), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela manutenção do julgado (fls. 123/128).

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os requisitos de desenvolvimento válido e regular e de admissibilidade para, no mérito, negar-lhe provimento.

Segundo consta da representação (fls. 2/3), na manhã do dia (...), no horário letivo, na E.E. "(...)", localizada na Rua (...), nº (...), (...), na cidade e comarca de (...), o adolescente A.L.P.L. praticou vias de fato contra V.S.S. e C.S.V., funcionárias do estabelecimento de ensino, respectivamente coordenadora pedagógica e gerente de organização escolar.

A materialidade do ato infracional e sua autoria pelo apelante foram sobejamente demonstradas pelo boletim de ocorrência (fls. 4/5) e pela prova oral coligida.

Ao ser ouvido em juízo, A.L.P.L. confirmou que realmente empurrou as vítimas, negando, contudo, a intenção de agredi-las.

Além disso, a confissão do adolescente foi corroborada pelas declarações das vítimas.

A ofendida V. elucidou, de forma segura e convincente, como ocorreram os fatos, narrando que, no dia dos acontecimentos, se dirigiu à sala de aula, a pedido do professor, porque alguns alunos não estavam realizando as atividades. O representado se recusou a sentar, bateu o caderno na mesa e, em dado momento, a empurrou para deixar a sala, pois estava parada na porta, com a mão na parede. Recebeu o auxílio da vítima C. para impedi-lo de sair da escola, mas foram por ele empurradas. Comunicou os fatos à direção, ao Conselho Tutelar e à avó do adolescente, que informou, depois de um tempo, que ele estava em casa, mais calmo.

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido foi o relato da ofendida C., que confirmou, em solo policial, que também tentou conter o adolescente, mas igualmente foi empurrada por ele (fls. 8).

Incontroverso, portanto, diversamente do afirmado nas razões recursais, que o representado empurrou as vítimas, restando configurado, dessa maneira, o

ato infracional análogo a vias de fato.

Cumpre anotar, por oportuno, que inexiste nos autos qualquer indício de prova que possa macular a palavra das ofendidas, que se revestem de suma importância para o deslinde do feito.

Além disso, o reconhecimento da prática da referida contravenção penal prescinde de laudo pericial, pois a conduta não deixa vestígios.

Demais disso, não se vê, na ação infracional realizada pelo apelante, indicativos que mostrassem um comprometimento das capacidades de entendimento e de determinação, e que pudessem neutralizar o dolo, manifesto na conduta.

O apelante tinha plena e livre consciência do que fazia, sendo que o fato de estar usando medicação para controlar seu comportamento agressivo não o exime da responsabilidade por seus atos. Percebe-se, aliás, que o apelante apresenta diálogos coesos, compreende que possui problemas com sua agressividade, reconhecendo ser "muito explosivo".

Diante desse panorama, a procedência da representação era mesmo de rigor.

Registre-se, por fim, que não houve insurgência contra a medida socioeducativa aplicada.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1011697-06.2023.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante R.G., 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 do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº AC-0625/2024-CE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), SÁ DUARTE (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e CAMARGO ARANHA FILHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 5 de julho de 2024.

TORRES DE CARVALHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO DE APLICAÇÃO DE MEDIDA DE PROTEÇÃO – DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR – Sentença de procedência

Acesso ao Sumário

a destituir a genitora do poder familiar em relação ao filho – Recurso da genitora – Genitor desconhecido – Conjunto probatório favorável à destituição do poder familiar – Genitora que foi levada ao hospital em trabalho de parto, apresentando evidentes sinais de drogadição – Após o nascimento da criança foi informada pelo Conselho Tutelar de que a criança seria levada para o acolhimento e, desde então, em momento algum demonstrou interesse em se reaproximar do filho e tê-lo de volta – Descaso claro e inequívoco – Genitora usuária de entorpecentes, vive em situação de rua, não manifestou interesse em se reestruturar e está em paradeiro incerto – Abandono comprovado – Inexistência de família extensa – O menor não pode passar a sua infância à espera de que a genitora venha 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 da genitora – Preservação do Princípio da Proteção Integral e do Melhor Interesse da criança e do adolescente – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra sentença de procedência da ação visando aplicação de medida de proteção – dentre as quais a destituição do poder familiar – ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO** contra **R.G.**, genitora de **J.P.G.**, nascido em (...) (fls. 135/138).

Irresignada, da r. sentença apela **R.G.** e sustenta, em síntese, a necessidade da realização de busca ativa da genitora e a busca por familiares extensos; a genitora não foi ouvida; não foi ofertada a oportunidade de demonstrar a aptidão (ou não) ao encargo materno; não restaram configuradas as hipóteses legais ensejadoras da destituição do poder familiar, consoante art. 1.638 do CC ou infração ao art. 22, do ECA e não foram esgotadas as possibilidades de reintegração familiar. Pretende, a improcedência da ação, com a manutenção do poder familiar e determinação de busca ativa pela genitora e/ou familiares extensos (fls. 145/149).

O recurso foi respondido (fls. 154/159). A Procuradoria Geral da Justiça se manifestou pelo não provimento do recurso (fls. 174/176).

Recurso tempestivo e isento de preparo.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

É o caso de ser preservado o desfecho assinalado em primeiro grau de jurisdição.

O Ministério Público ingressou com ação visando aplicação de medida de proteção c.c. tutela antecipada a partir dos documentos encaminhados pelo Conselho Tutelar relatando que a apelante (...) foi levada ao hospital pelo SAMU em trabalho de parto. No hospital, embora tenha negado fazer uso de entorpecentes, apresentava evidentes sinais de drogadição (agitação e falas desconexas), apresentou resistência à realização dos procedimentos necessários e foi constatado que ela não realizou o pré-natal. A criança nasceu no dia (...) e apresentou boa saúde. A genitora recebeu alta hospitalar no dia (...) e, na ocasião, foi orientada de que não poderia levar o filho, pois ele seria acolhido emergencialmente. A genitora saiu do hospital e nunca mais o procurou e, do mesmo modo, qualquer outro familiar. O acolhimento emergencial ocorreu no dia (...). O Conselho Tutelar informou ainda que a genitora vive em situação de rua, é acompanhada pelo SEAS, não é acompanhada pelo CREAS, além disso, teve três gestações anteriores, e nenhum de seus filhos está sob sua responsabilidade, bem como não foi encontrado nenhum familiar da família extensa (fls. 01/14).

A tutela de urgência foi deferida para determinar o afastamento da criança do convívio familiar, com a manutenção da medida de acolhimento institucional aplicada em caráter emergencial pelo Conselho Tutelar. Determinou-se a apresentação do plano individual de atendimento, a expedição de mandado para registro de nascimento, a remessa ao setor técnico para realização de estudo social e avaliação psicológica, a citação da genitora e, ponderou-se que a realização de visitas seria avaliada pela equipe técnica do acolhimento (fls. 15/16).

Em um primeiro momento, tentou-se a citação pessoal da genitora, nos endereços encontrados junto a administradora da SPC (Serviço de Proteção ao Crédito), eCAC (Centro Virtual de Atendimento), serasa experian, justiça eleitoral, SIVEC (Sistema das Varas de Execuções Criminais do Estado de São Paulo) e SISBAJUD (Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário) (fls. 27/29, 30, 31, 32, 33, 34, 35/37 e 38/40), sem êxito. Diante do paradeiro incerto da genitora foi determinada a citação por edital (fl. 44).

Foi promovido o registro de nascimento, conforme determinação judicial (fls. 47/48).

Neste interim, conforme determinação, o setor técnico encaminhou estudo psicossocial objetivando verificar a melhor opção para criança, em que constou que a genitora estava reclusa e, sendo assim, a entrevista foi realizada *on line*. A genitora declarou que nunca fez acompanhamento junto ao CEDIC por considerar que nunca precisou; faz uso de crack há apenas três anos e de outras drogas desde a adolescência; declarou ter sido adotada por D.R. quando tinha nove anos, mas foi abandonada e passou a morar na rua e, desde então, não

Acesso ao Sumário

teve mais contato; possui duas irmãs que foram adotadas, com as quais não tem qualquer relação há anos; não saiu do hospital com o filho porque foi informada de que não poderá lavá-lo e confirmou que não voltou a procura-lo; quanto ao uso de crack ressaltou que "sobrevive muito bem"; declarou não ter familiares para indicar para cuidar do filho; não sabe quem é o genitor; reconheceu que não tem condições de cuidar do filho; aparentou sequelas devido ao uso abusivo de drogas; transmite a impressão de apresentar déficit cognitivo (deficiência mental leve), e há a possibilidade de que as dificuldades de concentração, capacidade intelectual e memória estejam relacionadas ao uso prolongado do crack; possui outros quatro filhos, mas nenhum está sob seus cuidados; referiu-se a eles de modo vago e distanciado, com apatia afetiva; não demonstrou qualquer vínculo com eles; foi constado que a genitora não possui condições de responsabilizar-se pelo filho e não demonstrou qualquer interesse em buscar sua reestruturação. O setor técnico concluiu que: *"R. evidencia estar bastante desgastada pelo uso contínuo de drogas, não possui criticidade e parece não compreender (ou já ter naturalizado) sua condição. Durante a abordagem, não indicou nenhum familiar para assumir a criança, bem como afirmou desconhecer o genitor. Reconheceu não ter condição de cuidar do filho. Diante do exposto, consideramos que a colocação da criança em família substituta será medida que atenderá aos seus interesses, assegurando-lhe bem-estar e vida digna."* (fls. 57/63).

Em virtude do informando pelo setor técnico de que a genitora estava no sistema prisional (Penitenciária Feminina de Mogi Guaçu) o magistrado determinou sua citação pessoal e o agendamento para sua oitiva (fl. 68/69). Devidamente citada, informou não possui defensor constituído, manifestando o desejo de atuação da defensoria (fl. 87).

A equipe do Lar (...), local onde está acolhida a criança desde os 28 dias de vida, encaminhou o Plano Individual de Atendimento em que constou que o trabalho da equipe foi direcionado às buscas de informações de referências familiares e histórico do contexto do acompanhamento da rede socioassistencial. A equipe do SEAS (Serviço Especializado de Abordagem Social) foi acionada e mencionou que mesmo em situação de rua a genitora (Sra. R.) sempre apresentou resistência, sem maiores informações a respeito dela. A criança (J.P.) está bem, mas apresenta algumas contrações semelhantes às características provenientes de abstinência pelo uso de substâncias pela genitora durante a gestação. Constatou-se *"a ausência de recursos sobre a possibilidade de familiares que possam eventualmente ser trabalhados vislumbrando futura reintegração."* e foi sugerida a brevidade do tempo de acolhimento, com a inserção em família substituta considerando que o genitor é desconhecido, a genitora é usuária de drogas e está reclusa (fls. 74/77).

A defensoria pública, na qualidade de curadora especial, apresentou contestação por negativa geral (fls. 80/84).

Visando a oitiva da genitora, foi designada audiência para o dia 18/10/2023 com encaminhamento de e-mail à penitenciária feminina de Mogi Guaçu (fls. 89/90). O centro Integrado de Movimentações e Informações Carcerárias informou que R. havia sido colocada em liberdade no dia 10/08/2023, constando no registro a Rua (...), (...) – (...) / (...) como local de destino (fl. 91).

A intimação no endereço informando restou inexitosa. Conforme certidão do Sr. Oficial de Justiça, um morador o informou que a Sra. R., por não ter residência fixa, esteve lá por alguns dias, mas no momento não saberia informar o seu paradeiro (fls. 96).

No dia e hora designados para oitiva da genitora, face sua não localização, abriu-se vista às partes para manifestação (fl. 97). O Ministério Público requereu a expedição de ofício à instituição de acolhimento para saber se a genitora compareceu ou manifestou interesse em obter informações a respeito do filho e a defesa, relatório atualizado acerca da medida protetiva (fls. 101 e 105). O magistrado declarou o feito saneado e requereu relatório atualizado do plano individual de atendimento da criança acolhida (fl. 107).

A equipe do acolhimento cumpriu a determinação e ressaltou a importância da brevidade do acolhimento; o fato da genitora nunca ter procurado o filho, mesmo após estar em liberdade, e a inexistência de procura por familiares de origem ou extenso (fls. 108/111).

O Ministério Público apresentou os memoriais requerendo a procedência do pedido de destituição do poder familiar da genitora e a defesa, em suas alegações finais, impugnou os fatos por negativa geral e requereu a realização de busca ativa pela genitora e por familiares extensos (fls. 115/119 e 123/124).

O magistrado, diante da farta documentação e do fato das declarações da genitora de que *"reconheceu que não tem mínimas condições de cuidar do filho, como também afirmou que não tem nenhum familiar que possa assumir a sua guarda*", bem como diante do fato de que após o nascimento e acolhimento nunca procurou visitá-lo ou manter contato, entendeu superada a discussão a respeito da necessidade de realização de busca ativa da genitora ou de familiares extensos e concluiu que o melhor caminho é a colocação da criança em família substituta. Na ocasião, determinou a imediata colocação da criança em família substituta (fls. 125/126).

Na sequência, foi proferida sentença que julgou procedente o pedido para destituir o poder familiar da genitora, com fundamento nos arts. 129, X, e 163, da Lei n. 8.069/90, c/c o art. 1.638 do CC.

Pois bem.

Preconiza o art. 22 do ECA 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."*

Depreende-se das provas coligidas nos autos que a genitora apelante não

Acesso ao Sumário

ostenta condições de exercer os deveres inerentes ao poder familiar em relação ao infante em tela, porquanto vive inserida em um contexto de vulnerabilidade, caracterizado, mormente, pelo uso de substâncias psicoativas, observando-se o total desinteresse em relação à situação do filho.

Destaca-se que após deixá-lo no hospital e, subsequente acolhimento, não buscou sequer notícias. Após ser colocada em liberdade também não o procurou, o que demonstra total abandono e, ainda, evidencia o desinteresse da apelante em se reaproximar do filho e tê-lo de volta.

Destaca-se que durante a entrevista com o setor técnico, realizada de forma *on line* (pois encontrava-se reclusa), a genitora declarou que que não saiu do hospital com o filho porque foi informada de que não poderia levá-lo e confirmou que não voltou a procurá-lo. Declarou não ter familiares para indicar para cuidar do filho. Disse ainda que não sabe quem é o genitor; referiu-se aos filhos de modo vago e distanciado, com apatia afetiva; não demonstrou qualquer vínculo com eles e não demonstrou qualquer interesse em busca de sua reestruturação (fls. 57/63).

Acrescenta-se ainda que no PIA restou consignado que o SEAS (Serviço Especializado de Abordagem Social) informara que, mesmo em situação de rua, a genitora (Sra. R.) sempre apresentou resistência às intervenções propostas (fls. 76).

A tentativa da inserção da criança na família extensa é inviável, considerando que a própria genitora declarou não ter ninguém a indicar; sua mãe adotiva (Sra. D.R.) a abandonou quando tinha nove anos de idade e, diante disso, passou a morar na rua e não possui mais contato; possui duas irmãs que foram adotadas há anos e não tem qualquer relação com elas e, ainda a tentativa da equipe de acolhimento de efetuar buscas de informações de referências familiares (fls. 57/63 e 74/77).

A destituição do poder familiar não decorre da carência/falta de recursos materiais, mas está fundamentada no descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, especialmente no abandono e na vida irregular da genitora, tratando-se de medida necessária para o desenvolvimento físico e psicológico das crianças e, visando aos seus superiores interesses.

Diante de tais elementos de convicção, constatado o descaso claro e inequívoco, verifica-se que a manutenção dos termos da r. sentença vai ao encontro dos interesses das crianças e é medida incontornável.

Neste sentido, já decidiu esta Col. Câmara Especial:

"APELAÇÃO CÍVEL. INFÂNCIA E JUVENTUDE. Destituição do poder familiar. Sentença de procedência. Insurgência da genitora. Efeito suspensivo. Pedido prejudicado. Mérito. Criança afastada do convívio familiar logo após o nascimento. Paternidade ignorada. Vulnerabilidade. Uso de entorpecentes pela genitora, inclusive durante o período gestacional. Situação de risco evidenciada. Conjunto probatório favorável à destitui-

Acesso ao Sumário

ção. Proteção integral e melhor interesse da criança. Sentença mantida. Apelo desprovido." (AC 1504601-66.2023.8.26.0196 – j. 20/06/2024 – Dje 20/06/2024 – Rel. Claudio Teixeira Villar)

"APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. Sentença de procedência. Recurso de apelação interposto pela genitora. Prova segura de descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar. Infante recém-nascido acolhido em razão de abandono. Genitora usuária de entorpecentes, inclusive durante a gestação, que sequer realizou pré-natal. Genitor desconhecido. Ausência de condições da família natural ou extensa de guarnecer os interesses da criança. Colocação em família substituta que é medida mais adequada e atende ao melhor interesse da criança. Inteligência do artigo 22 da Lei nº 8.069/90 e artigo 1.638, inciso II, do Código Civil. Precedentes desta Colenda Câmara Especial. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO." (AC 1002132-55.2023.8.26.0471 – j. 10/06/2024 – Dje 10/06/2024 – Rel. Camargo Aranha Filho (Pres. da seção de Direito Criminal).

O conjunto probatório não deixa dúvidas de que a genitora não ostenta as mínimas condições de desempenhar as funções maternais sem que sua prole seja submetida à situação de risco e vulnerabilidade, notadamente diante do abandono registrado nestes autos.

A criança não pode passar a infância no acolhimento, à espera de que a genitora venha a ser encontrada e reúna as condições para assumir sua guarda com responsabilidade.

Do mesmo, padece de razoabilidade a busca incessante por algum familiar que queira e tenha condições de cuidar da criança.

Dessa forma, considerando a necessidade de respaldo emocional, material e psicológico para o desenvolvimento do infante, a inaptidão da mãe em fornecer tal amparo, indubitável que a destituição do poder familiar da genitora atende ao Princípio da Proteção Integral e ao Superior Interesse do Menor, preceitos resguardados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e da Constituição Federal.

A conduta da genitora fere, indiscutivelmente, os interesses da criança e atesta o abandono, autorizando a decretação da perda do poder familiar, nos termos do inciso do art. 1.638, do CC, e do art. 129, X e 163, do ECA, como disposto na sentença.

O voto é pelo **desprovimento do recurso.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004603-80.2021.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante MUNICÍPIO

DE GUARUJÁ, 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: "NÃO CONHECERAM DA REMESSA NECESSÁRIA e NEGARAM PROVIMENTO ao recurso. V.U. Considerando que a demanda foi ajuizada pelo Ministério Público, não há que se falar na condenação da parte recorrente/vencida ao pagamento de honorários recursais sucumbenciais.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39470)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 1º de julho de 2024.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO. Infância e Juventude. Ação de obrigação de fazer. Sentença que julgou procedente o pedido, determinando a inclusão da família em programa habitacional e o pagamento, pela municipalidade, de verba de locação social até que seja alcançada a moradia digna em caráter definitivo. 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 da locação social ou do auxílio aluguel bem inferior ao limite legal estabelecido para a sujeição da sentença ao duplo grau de jurisdição. Recurso voluntário, por outro lado, que comporta conhecimento. Pretensão ligada não somente ao direito à moradia, mas também aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, acolhidas institucionalmente em razão de situação de risco, de retornar ao convívio familiar. Concretização de direito fundamental de crianças e adolescentes por decisão judicial que não traduz ofensa à separação de poderes ou à isonomia, havendo prévio descumprimento do comando constitucional e legal pelo Poder Executivo. Inteligência da

Acesso ao Sumário

Súmula 65 desta Egrégia Corte, cuja ratio decidendi é perfeitamente aplicável ao caso concreto. Reserva do possível afastada. Responsabilidade solidária de outros entes federativos que não afasta a da municipalidade. REMESSA NECESSÁRIA NÃO CONHECIDA e RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo Município de Guarujá contra a r. sentença (fls. 437/447) que julgou procedente pedido formulado em ação de obrigação de fazer ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, para condenar a municipalidade a incluir as crianças e adolescentes R.V.C.P.C.S., P.Y.C.P.C.S., N.B.C.P.C.S., Y.R.C.P.C.S., e A.C.C.P.C.S. em lista de prioridade de atendimento em programa de habitação municipal, garantindo o usufruto a M.V.C.P.C. e a M.C.C.P., a providenciar locação social ou realizar o pagamento mensal de prestação pecuniária a título de auxílio aluguel, no valor máximo permitido pelas normas municipais, mas não inferior a R$ 600,00 (seiscentos reais) mensais, como alternativa habitação provisória até que a família obtenha moradia definitiva que atenda às suas necessidades, seja por iniciativa própria dos genitores em decorrência de superação da situação de vulnerabilidade ou por contemplação em programa de moradia definitiva fornecido pelo Estado.

Em suas razões recursais (fls. 466/480), pugna pela reforma da r. sentença para que seja julgado improcedente o pedido, sob os fundamentos de que (i) é ilegal a implementação de benefício social sem lei que o ampare e em desrespeito à discricionariedade conferida ao gestor público; (ii) o comando judicial viola os princípios constitucionais da isonomia, da separação dos poderes e da reserva do possível; (iii) inexiste indício de omissão do Município no atendimento da família envolvida; e de que (iv) o atendimento da demanda não cabe apenas ao Município, mas também ao Estado e à União.

Apresentadas contrarrazões (fls. 484/495), a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório.

De início, a hipótese é de não conhecimento da remessa necessária, com fundamento no artigo 496, § 3º, III, do Código de Processo Civil, na medida em que o conteúdo econômico obtido nesta demanda é inferior ao limite mínimo estabelecido no referido dispositivo.

Com efeito, considerando o custo mensal estimado da locação social ou do auxílio aluguel pretendido indicado na inicial, correspondente à quantia de R$ 600,00 (seiscentos reais), alcança-se o valor anual de R$ 5.000,00, montante muito inferior ao limite de 100 (cem) salários-mínimos estabelecido nas condenações contra os Municípios para dispensa da remessa necessária, nos termos do

Acesso ao Sumário

artigo 496, § 3º, III, do Código de Processo Civil.

Assim, na hipótese, seja com base no valor atribuído à causa (R$ 1.000,00 – fl. 21), seja em vista do proveito econômico obtido nos autos, facilmente calculado no caso concreto, considerando o valor anual do aluguel a ser custeado pelo ente municipal, não se alcança o patamar equivalente a 100 (cem) salários-mínimos, o que torna dispensável o conhecimento da remessa necessária.

No mais, contrariamente ao alegado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o recurso voluntário comporta conhecimento, não sendo o caso de redistribuição a uma das Câmaras da Seção de Direito Público desta Egrégia Corte.

Não obstante os pedidos formulados na petição inicial estejam ligados essencialmente ao direito social à moradia, previsto no artigo 6º, *caput*, da Constituição da República, estão igualmente vinculados ao direito à convivência familiar, este garantido pelas normas constitucionais e legais que tratam especificamente dos direitos da criança e do adolescente, como o artigo 227, *caput*, do Texto Constitucional, e artigos 4º, *caput*, e 19, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com mais razão ainda se, na espécie, o direito à moradia invocado visa a propiciar o retorno de crianças e adolescentes sob medida de proteção de acolhimento institucional, em decorrência de situação de risco, ao convívio da família natural, nos termos dos artigos 98, II, e 101, VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, demonstrada a inequívoca correlação entre a pretensão deduzida e o Direito da Infância e da Juventude, exsurge a competência dessa Colenda Câmara Especial para o exame da matéria, conforme elucidativo precedente abaixo ementado:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À MORADIA. Decisão que determinara ao Município de Guarujá que forneça às crianças em situação de acolhimento institucional e à sua genitora aluguel social ou auxílio aluguel, num valor não inferior a R$ 600,00, no prazo de quinze dias. Insurgência da Municipalidade. Competência da Justiça menorista reconhecida. Pedido da Defensoria Pública com natureza de medida de proteção prevista no art. 101, IV, do ECA. Atuação para garantir direito fundamental das menores ao convívio familiar conferido pelo art. 19 do ECA. Medida de acolhimento das infantes motivada por violações do poder familiar e por inadequação da moradia. Relatórios técnicos, contudo, que apontam para possível reversão da situação e indicam como medida salutar à reintegração familiar, o acesso do núcleo familiar à moradia digna. Responsabilidade do Estado com a viabilização de moradia digna à população assegurada pelos arts. 6º e 23, IX, da CF. Necessidade de se promover todos os meios para a rápida reintegração familiar a menores em situação de acolhimento. Inteligência dos arts. 19, "caput" e §§ 2º e 3º, 87, VI, 88, VI, 100, par. único, X, 101, IV e § 7º, todos do ECA. Decisão agravada que não violara os princípios*

Acesso ao Sumário

da legalidade, separação dos poderes, autonomia municipal e isonomia. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2193506-38.2022.8.26.0000; Relator: Sulaiman Miguel Neto; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Guarujá – 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 31/10/2022; Data de Registro: 31/10/2022)

Desse modo, conheço do recurso, presentes os requisitos de desenvolvimento válido e regular e de admissibilidade, para, no mérito, negar-lhe provimento.

Em apertada síntese, o Ministério Público ajuizou a presente ação de obrigação de fazer depois de constatar, pela análise de diversas manifestações técnicas (destacando-se os relatórios do Serviço de Acolhimento Institucional para Crianças e Adolescentes de fls. 104/112 e 123/124) referidas na petição inicial, que a ausência de moradia digna seria o principal obstáculo ao retorno das crianças e adolescentes R.V.C.P.C.S., P.Y.C.P.C.S., N.B.C.P.C.S., Y.R.C.P.C.S., e A.C.C.P.C.S., acolhidos institucionalmente desde novembro de 2017, ao convívio com a família natural (seus pais M.C.C.P. e C.C.S), os quais não têm condições financeiras de superar esse óbice, conforme laudo social elaborado pelo Setor Técnico do Juízo (fls. 117/120).

Anteriormente, segundo se tira da inicial, a família vivia em condições insalubres e precárias, na ausência inclusive de saneamento básico. Retiradas as crianças e adolescentes desse contexto, os genitores continuam a suportar condições semelhantes, em habitação inapta a propiciar a convivência saudável com os filhos.

Por outro lado, o direito à moradia advém do disposto no artigo 6º, *caput*, da Constituição da República, que possui estreita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos República, conforme artigo 1º, III, do Texto Constitucional.

Embora de difícil definição, este princípio tem um núcleo duro, básico, composto pelo mínimo existencial. E ao mínimo existencial se reconhece a modalidade de eficácia positiva, podendo ser exigida judicialmente.

Não fornecer direito à moradia digna, no presente caso, é permitir que a família sucumba às dificuldades que tem buscado superar e, em última análise, impedir o retorno das crianças e adolescentes ao convívio da família natural, violando-se ainda a doutrina da proteção integral, tirada do artigo 227 da Constituição da República e expressamente prevista no artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o princípio da absoluta prioridade, previsto expressamente tanto no referido dispositivo constitucional quanto nos artigos 4º e 100, parágrafo único, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e o princípio do melhor interesse da criança, tirado do princípio 2 da Declaração de Direitos das Crianças de 1959, do artigo 3.1 da Convenção dos Direitos das Crianças e do artigo 100, parágrafo único, inciso IV, do referido Estatuto.

Acerca do tema, esta Colenda Câmara Especial já se posicionou:

Acesso ao Sumário

APELAÇÃO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. Ação de obrigação de fazer com pedido de tutela provisória. Insurgência contra sentença que julgou parcialmente procedente a ação, com fulcro no art. 487, I do Código de Processo Civil, para condenar, solidariamente, a FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e FAZENDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE PRAIA GRANDE, ao pagamento da prestação pecuniária no valor de R$ 575,00 (quinhentos e setenta e cinco reais) para fins de auxílio moradia, como alternativa habitacional provisória, até que os autores, representados por sua genitora, obtenham moradia definitiva junto à SEHAB, sob pena de multa mensal no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), a ser revertida ao Fundo gerido pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, nos termos do art. 214 do ECA. Recursos dos requerentes e de ambas as Fazendas Públicas (Municipal e Estadual), requeridas. Políticas públicas voltadas à garantia de direitos fundamentais de crianças e adolescentes que possuem absoluta prioridade (art. 227, caput, CF). Dever estatal (competência concorrente dos entes federativos) de proporcionar condições dignas de moradia para crianças e adolescentes em situação de extrema vulnerabilidade social, de modo a assegurar o mínimo existencial. Estado e Município que possuem legislação própria em matéria de aluguel social. Mínimo existencial que deve ser fornecido pelo Estado incondicionalmente. Peculiaridades da situação dos menores que não podem impedir o acesso a direitos fundamentais. Ausência de violação à separação de Poderes. Auxílio temporário que deve ser assegurado, respeitados os critérios razoáveis fixados na r. sentença. Precedentes. Multas e condições que se mostram razoáveis. RECURSO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDO, a fim de reconhecer cumulativamente dois benefícios habitacionais, um para cada núcleo familiar. RECURSOS DAS FAZENDAS PÚBLICAS MUNICIPAL E ESTADUAL DESPROVIDOS. (TJSP; Apelação Cível 1002292-62.2023.8.26.0477; Relator: Beretta da Silveira (Pres. da Seção de Direito Privado; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Praia Grande – Vara do Júri, das Execuções Criminais e da Infância e da Juventude da Comarca de Praia Grande; Data do Julgamento: 07/12/2023; Data de Registro: 07/12/2023)
AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À MORADIA. Decisão que determinara ao Município de Guarujá que forneça às crianças em situação de acolhimento institucional e à sua genitora aluguel social ou auxílio aluguel, num valor não inferior a R$ 600,00, no prazo de quinze dias. Insurgência da Municipalidade. Competência da Justiça menorista reconhecida. Pedido da Defensoria Pública com natureza de medida de proteção prevista no art. 101, IV, do ECA. Atuação para garantir direito fundamental das menores ao convívio familiar conferido pelo art. 19 do ECA. Medida de acolhimento das infantes motivada por violações do poder familiar e por inadequação da moradia. Relatórios técnicos, contudo, que apontam para possível reversão da situação e indicam como medida salutar à reintegração familiar, o acesso

Acesso ao Sumário

do núcleo familiar à moradia digna. Responsabilidade do Estado com a viabilização de moradia digna à população assegurada pelos arts. 6º e 23, IX, da CF. Necessidade de se promover todos os meios para a rápida reintegração familiar a menores em situação de acolhimento. Inteligência dos arts. 19, "caput" e §§ 2º e 3º, 87, VI, 88, VI, 100, par. único, X, 101, IV e § 7º, todos do ECA. Decisão agravada que não violara os princípios da legalidade, separação dos poderes, autonomia municipal e isonomia. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2193506-38.2022.8.26.0000; Relator: Sulaiman Miguel Neto; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Guarujá – 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 31/10/2022; Data de Registro: 31/10/2022)

Também não merece guarida a alegação de indevida ingerência do Poder Judiciário nas políticas públicas de responsabilidade do Poder Executivo.

Isso porque a proteção diferenciada à criança e ao adolescente, sujeitos especiais, vulnerados pela circunstância de suas personalidades se encontrarem em processo de formação, desvela uma série de medidas específicas, especialmente protetivas, que faz mitigar a invocação, de contornos genéricos e abstratos, de lesão ao princípio da separação dos poderes, bem como de violação ao princípio da isonomia.

Nessa esteira, este Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no enunciado de sua Súmula de nº 65, sedimentou a orientação, cuja *ratio decidendi* é perfeitamente aplicável ao caso em tela, de que *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.*

Portanto, a obrigação de inclusão prioritária em programa de habitação e de fornecimento de aluguel social – ou qualquer outra verba, ainda que com outra denominação – até que seja alcançada a moradia digna definitiva deve ser reconhecida como única forma de permitir o retorno das crianças e adolescentes ao convívio da família natural, em cumprimento ao que preceitua a Constituição da República e a legislação especial protetiva, afastando, portanto, a alegação de que a procedência dos pedidos deduzidos na inicial seria impossível em razão da ausência de regulamentação legal específica.

Como se não bastasse, o comando judicial traduz-se em concretização da Lei Complementar nº 156/2013, trazida à colação na r. sentença, que institui o Plano Diretor do Município do Guarujá e estabelece expressamente que a garantia de moradia digna é uma das diretrizes da política de habitação do município.

De mais a mais, não há que se falar em aplicação da teoria da reserva do possível, porque os recursos orçamentários, evidentemente limitados, devem se conformar ao necessário atendimento ao chamado mínimo existencial, o que na-

Acesso ao Sumário

turalmente abarca o cumprimento de deveres prestacionais relacionados à moradia digna, especialmente no que toca a crianças e adolescentes, cujos interesses devem ser satisfeitos com prioridade absoluta, repise-se.

Por fim, a mera alegação de que Estado e União são solidariamente responsáveis pelo atendimento de demandas de políticas públicas relativas à moradia, o que de fato se extrai notadamente do artigo 23, IX e X, da Constituição da República, não afasta a responsabilidade do Município, permitindo-se à parte indicar um, algum ou todos os responsáveis pela satisfação da obrigação, nos termos do artigo 275, *caput*, do Código Civil.

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO DA REMESSA NECESSÁRIA** e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Considerando que a demanda foi ajuizada pelo Ministério Público, não há que se falar na condenação da parte recorrente/vencida ao pagamento de honorários recursais sucumbenciais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1042299-85.2018.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante J.A.O., 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: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.741)**

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, 10 de julho de 2024.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: APELAÇÃO – Infância e Juventude – Medida de Proteção – Acolhimento Institucional – Preliminar de sentença "extra petita" – Acolhimento – Afastada da sentença, a destituição de poder familiar – Adolescente que atingiu a maioridade civil – Impossibilidade de aplicação de medida protetiva prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente – Falta de interesse de agir superveniente em relação ao pedido

Acesso ao Sumário

inicial – Processo que, de fato, comporta extinção, a teor do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil – Acolhida a preliminar e recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por J.A.O. contra r. sentença (fls. 298/300) que, em sede de ação de medida de proteção, com pedido de liminar de acolhimento institucional, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em seu desfavor, para a defesa dos interesses de L.H.C.O., nascido em (...), que se encontra em situação de risco, julgou procedente o pedido para destituir a requerida J.A. do poder familiar em relação ao seu filho L.H.C.O., com fundamento nos artigos 1.638, inciso II, do Código Civil e dos artigos 19, 22, 24 e 98, inciso II, da Lei 8069/90.

Alega a apelante J.A.O. visando à reforma da decisão de primeiro grau, em apertada síntese, preliminarmente a nulidade da sentença por ser *extra petita*, e no mérito, seja julgada improcedente (fls. 305/315).

Ofertadas contrarrazões (fls. 323/325), sendo mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos (fls. 317), subiram os autos, manifestando-se a I. Procuradoria-Geral de Justiça pelo parcial provimento do recurso, acolhendo a preliminar de nulidade da r. sentença, por ser *extra petita*, cabendo o imediato julgamento da ação, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC, pela superveniência da maioridade do jovem L.H.C.O. (fls. 332/337).

É o relatório.

De início, resta acolhida a preliminar arguida, no sentido de que a r. sentença é *extra petita*.

No caso concreto, verifica-se que a r. sentença destitui a apelante do poder familiar em relação ao seu filho L.H.C.O., embora o autor tenha pleiteado o afastamento do adolescente do convívio familiar da requerida e seu acolhimento institucional até que esta retome condições de exercer os cuidados, ou seja, colocado sob os cuidados de família extensa. Concedeu, assim, objeto diverso do formulado, ocorrendo, portanto, julgamento *extra petita*, conforme preceitua o art. 492 do CPC, *in verbis*: *"É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado"*. Tratando-se de ponto não abordada na petição inicial, a destituição de poder familiar deve ser afastada da sentença.

Ultrapassada essa questão, em análise de mérito, em que pese a gravidade das informações contidas nos autos, cumpre observar que ocorreu a perda superveniente do objeto da ação. Destarte, não se faz necessária a devolução dos autos à instância de origem. Senão vejamos.

O adolescente nasceu aos (...) (fls. 13) e completou a maioridade civil

Acesso ao Sumário

em (...), caracterizando-se, pois, a falta de interesse de agir superveniente em relação ao pedido inicial ou outro mais adequado.

Dispõe o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 6º: *"Na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento"*.

Não se trata aqui de medida socioeducativa prevista no art. 121 e seguintes do Estatuto, mas sim medida protetiva, a teor do art. 101 do ECA, que cessa com a maioridade.

No mesmo sentido, conforme bem observado pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça: *"Contudo, como pontuado pelo órgão ministerial de primeiro grau em sede de contrarrazões ao recurso de apelação, a maioridade de L. encerra a discussão nesse sentido, visto a impossibilidade de aplicação de qualquer das medidas protetivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Sendo assim, parece-nos perdido o objeto do recurso por razão superveniente à sentença. Considerando, então, que conforme o art. 485, inciso VI, do CPC, cabe ao magistrado verificar, a qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não transitada em julgado a lide, a presença do interesse processual das partes, de rigor a extinção da demanda sem resolução de mérito, já que constatado o esvaziamento da referida condição da ação, como no caso em comento."* (fls. 337)

Outra solução, nessa trilha, o feito não comporta senão a de se reconhecer decreto extintivo com fundamento, no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, consoante os motivos acima explicitados, o que ora fica decidido.

Ante o exposto, acolhe-se a preliminar arguida, e **dá-se parcial provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003805-02.2022.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante V.J.S., 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 63.657)**

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, 1º de agosto de 2024.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: APELAÇÃO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. Ação de destituição do poder familiar. Caracterização de violação dos deveres parentais. Genitor que buscou a comprovação da paternidade da criança e, durante estágio de convivência, mostrou-se ausente da rotina de cuidados, terceirizando os deveres e obrigações parentais e manifestando às equipes técnicas o interesse em conceder a guarda do menor a um casal de amigos. Inviabilidade de reintegração do infante junto ao genitor e sua esposa. Inexistência de família extensa interessada ou apta ao exercício dos cuidados protetivos. Infante em processo de colocação em família substituta. Destituição do poder familiar que melhor atende aos interesses do menor. Inteligência do art. 227 da CF e 1º do ECA. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **V.J.S.**, em ação de destituição do poder familiar proposta pelo Ministério Público, contra a sentença proferida às fls. 473/476, que julgou procedente o pedido inicial, para destituir o apelante do poder familiar em relação ao filho *V.J.S.*

Sustenta, em apertada síntese, que não restaram configuradas quaisquer das hipóteses autorizadoras da destituição do poder familiar. Assevera que o genitor e a sua esposa estão organizados para receber o infante, aduzindo que o embaraço inicial, relativo ao fato de a criança ser fruto de relacionamento extraconjugal, foi superado pelo casal. Pontua que o apelante deseja criar o filho, tanto que fez exame de DNA para comprovar a paternidade. Argumenta que o fato de a criança estar inserida em estágio de convivência com pretendentes à adoção não justifica a procedência da demanda, haja vista a revogabilidade da medida. Aduz que o filho foi deixado com terceiros em ocasião específica, porém, o genitor nunca deixou de lhe prestar os cuidados devidos. Assinala que o recorrente chegou a se separar da esposa para que pudesse se aproximar da criança. Alega que foi prejudicado pela mera existência da ação de acolhimento institucional proposta em razão da situação de risco gerada pela genitora. Assevera que a alegada situação de abandono por parte do genitor foi descaracterizada pelos esclarecimentos prestados em audiência. Invoca o direito fundamental à convivência familiar e a excepcionalidade da colocação em família substituta. Pugna

Acesso ao Sumário

pelo integral provimento do recurso, para julgar a demanda improcedente, mantendo-se o poder familiar do recorrente em relação ao filho (fls. 480/492).

Apresentadas contrarrazões (fls. 496/499), subiram os autos e a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento (fls. 512/519).

É O RELATÓRIO.

As ações judiciais envolvendo menores devem ser decididas com obediência aos princípios do melhor interesse da criança ou adolescente e de sua integral proteção[1].

Ao que consta, o ora recorrente é genitor da criança *V.J.S.*, nascida em (...) (fls. 08/09).

Ao que consta, o infante foi exposto à situação de risco, em um primeiro momento, em decorrência do abandono da genitora, e posteriormente, pela negligência do genitor.

Conforme informações registradas nos autos do processo de aplicação de medida de proteção sob nº (...), a criança *V.J.S.* nasceu em domicílio e logo foi encaminhada ao Hospital Irmã Dulce. Na maternidade, a genitora demonstrou negação da gestação e desejo de se evadir do local, o que acabou efetuando posteriormente. Conforme relatado, após o contato inicial, nenhum órgão da rede de proteção conseguiu contato com a genitora, pois não foi localizada nos endereços que forneceu à maternidade (fls. 14/16).

Após sua localização, foi promovida a avaliação psicossocial do caso, quando então a genitora manifestou a intenção de efetuar a entrega voluntária do menor à adoção (fls. 176/186). A intenção foi confirmada em audiência (fl. 216), dando ensejo à destituição do seu poder familiar em relação ao filho (fls. 236/237).

Entrementes, em 08 de julho de 2021, o ora recorrente buscou o Conselho Tutelar, alegando ser o pai biológico. Na oportunidade, ele relatou que a criança seria fruto de um relacionamento extraconjugal tido com a genitora da criança, e mostrou-se preocupado com a situação de acolhimento institucional. Afirmou ainda que a sua genitora, avó paterna do infante, teria interesse em cuidar do bebê (fls. 72/79).

Em 12 de agosto de 2021, sobreveio relatório elaborado pela equipe técnica do SAICA, informando sobre visita domiciliar realizada na residência do então suposto genitor. Na oportunidade, não foram verificadas condições que viabilizassem possível desacolhimento. O recorrente noticiou que a avó paterna da criança morava na Bahia, informação omitida no atendimento inicial, inviabilizando a realização de estudo psicossocial com a aludida familiar extensa. Quanto ao apelante, ele próprio destacou que, naquele momento, a sua esposa

Acesso ao Sumário

1 O melhor interesse da criança foi consagrado pelo art. 227 da Constituição Federal, que dispõe ser *"dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."*

não aceitava a criança, visto tratar-se de fruto de um relacionamento extraconjugal. Conforme relatado, a esposa do recorrente, durante a visita técnica, mostrou-se incomodada com a presença da equipe, externando, quando questionada, que *"o problema seria do marido"*, e que, por isso, ele deveria resolvê-lo, a demonstrar que estava se eximindo de assumir qualquer responsabilidade sobre o infante (fls. 127/130)

Em 18 de outubro de 2021, a equipe técnica do juízo apresentou manifestação, relatando as informações colhidas durante nova visita realizada à residência do apelante. Mais uma vez, ele manifestou o desejo de que a criança fosse criada na Bahia pela avó paterna. Também foi apontada a inviabilidade de reintegração no núcleo familiar do recorrente, diante da não aceitação do infante pela esposa, a qual afirmou, inclusive, que *"seria melhor que o infante fosse adotado por outra família"*. O apelante chegou a cogitar sair de casa e cuidar do bebê, contudo, conforme conclusão da equipe técnica, *"tal hipótese não parece ter sido muito bem planejada e refletida, uma vez que ao longo da entrevista ele refere ter a intenção de manter seu casamento com a Sra. [D.], que não aceita a criança em tela"* (fls. 176/186).

Em 23 de novembro de 2021, restou comprovada a paternidade do apelante, diante do resultado positivo do exame de DNA (fls. 224/231), razão pela qual foi promovido o respectivo registro no assento de nascimento (fl. 319).

Na sequência, após a avaliação psicossocial quanto à efetiva capacidade do genitor ou familiares paternos em assumir os cuidados da criança (fls. 261/265), houve autorização judicial para a realização de visitas pelo genitor, para que a aproximação ocorresse de forma gradual e para que o genitor pudesse se apropriar dos cuidados básicos e necessários para o filho e para que conseguisse viabilizar as acomodações no novo local de moradia, com o objetivo de receber o bebê (fl. 270).

Em 13 de janeiro de 2022, a equipe técnica do SAICA apresentou relatório informativo do caso, apontando que a primeira visita do genitor havia sido marcada por atraso, dificuldades no manejo com o bebê e falta de iniciativa para troca de fralda. Consta, no entanto, que o recorrente passou a demonstrar mais empenho nas visitas subsequentes, possibilitando o início do estágio de convivência monitorado a partir daquela data (fls. 280/283).

Em 02 de fevereiro de 2022, no entanto, foram juntados aos autos relatório informativo do caso, noticiando que, ainda em estágio de convivência, o apelante entregou seu filho *V.* a terceiros, com quem a criança não possuía qualquer relação de parentesco ou sequer de afinidade e afetividade, havendo inclusive admitido à Equipe Técnica da Instituição de Acolhimento que o casal passaria a cuidar da criança (fls. 296/299), razão pela qual foi suspenso o estágio de convivência e a criança foi novamente acolhida (fls. 305/307).

Após o novo acolhimento, em 15 de março de 2022, a equipe do SAICA

Acesso ao Sumário

sugeriu a destituição do poder familiar do genitor. Em conclusão, apontou-se que o **genitor não demonstrava interesse em se responsabilizar pela guarda do filho de forma autônoma e independente, manifestando, ao contrário, a intenção de terceirizar os cuidados da criança para a Sra. *S.*, esposa do seu compadre**, sobre a qual acabou recaindo a rotina de cuidados e educação do infante (fls. 322/323).

Nesse contexto, proposta a presente ação, a MMª. Juíza *a quo* suspendeu, em 18 de março de 2022, o poder familiar do recorrente sobre o filho (fls. 05/07).

Realizado estudo psicossocial do caso em 18 de dezembro de 2023, não foram verificadas condições que autorizassem o desacolhimento em favor do genitor.

Consta que o recorrente pouco buscou visitar a criança (somente duas vezes), e embora a esposa do apelante tenha decidido aceitar o infante em seu lar, infere-se que o tenha feito *"temendo perder a vida em família que possuíam anteriormente, citando ter preferido esquecer a traição do marido"*. Concluiu-se, assim, que *"o genitor teve a possibilidade de exercer os cuidados de [V.], acabou delegando seus cuidados totalmente para terceiros, chegando posteriormente a admitir sua intenção em passar a guarda para o casal (algo que não tinha falado antes de iniciar o estágio de convivência), eximindo-se de fato dos cuidados e responsabilidades parentais para com [V.]"* (fls. 453/459).

No mesmo sentido, inclusive, os depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo.

A testemunha *S.A.M.* informou que a mãe da criança renunciou ao poder familiar no hospital. O apelante, após esse acontecimento, apresentou-se como o genitor, alegando ter tido um caso extraconjugal com a mãe da criança. A esposa dele não concordou em acolher o filho, mas ele insistiu no pedido de guarda, realizando um teste de DNA que confirmou a paternidade. A partir desse momento, o pai iniciou a aproximação da criança, dizendo que se separaria da esposa para cuidar do filho e moraria na casa de uma amiga chamada [*S.*] para auxiliar nos cuidados. No entanto, durante o estágio de convivência, descobriu-se que o pai terceirizou os cuidados da criança ao casal e não morava com eles. **Em um atendimento posterior, o réu expressou seu desejo de passar a guarda ao casal**, o que resultou na suspensão do contato do pai com o filho, alegando que [*V.*] havia entregado o filho irregularmente para adoção (fl. 369).

A testemunha *J.C.*, a seu turno, relatou que, após o acolhimento da criança, não foi possível localizar a mãe ou outros familiares. Após um mês, o Conselho contatou o SAICA informando que o genitor de [*V.*] havia aparecido. O pai realizou um teste de DNA, que confirmou a paternidade, e iniciou a aproximação com o filho, enquanto sua esposa recusou-se a aproximar-se da criança. O pai afirmou que se mudaria para morar com amigos para assumir a guarda do filho, e, assim, começou o estágio de convivência. Durante visitas não agenda-

Acesso ao Sumário

das, a Sra. [*S.*] estava presente na casa, **mas [*V.*] nunca estava em casa e não era mencionado na rotina de cuidados da criança**. Após uma reunião com a equipe técnica forense, foi decidido suspender o estágio de convivência, pois **[*S.*] se referia à criança como filho, indicando terceirização dos cuidados**. Em um novo atendimento, o genitor apresentou uma rotina diferente daquela mencionada por [*S.*], sugerindo que ele havia delegado a criação do filho a terceiros. **O pai então expressou o desejo de passar a guarda ao casal**, o que não foi permitido (fl. 369).

Ouvido em juízo, a apelante disse que ligou várias vezes ao SAICA solicitando visitar o filho, mas não lhe foi autorizado o contato. Alegou que nunca abandonou seu filho, e que, se não o quisesse, não teria feito o exame de DNA. Disse ainda que não entregou seu filho sob a guarda de terceiros, pois apenas naquele dia a criança estava sob os cuidados de sua comadre, pois saiu para trabalhar (fl. 369).

Em que pese o depoimento do recorrente, diante das provas colacionadas aos autos, conclui-se efetivamente pela impossibilidade de reintegração da criança ao núcleo natural e/ou extenso.

Embora tenha buscado a comprovação da paternidade da criança, o genitor não demonstrou real interesse em cuidar do filho. **Para além de não se mostrar presente após o segundo acolhimento, fazendo poucos contatos com a instituição em que se encontrava o menor, manifestou para as equipes técnicas, em mais de uma oportunidade, que tinha a intenção de terceirizar os cuidados, repassando a guarda da criança ao casal de compadres e ausentando-se completamente da rotina do filho**, em configuração de verdadeira hipótese de adoção irregular.

Ademais, a despeito de alegar que retomou a união com a esposa e que ambos estão dispostos a receber a criança em seu lar, **não** há qualquer comprovação nos autos de que haja consistência nesse posicionamento. Houve, ao contrário, conforme amplamente abordado nos estudos técnicos realizados nos autos, não aceitação da criança por parte da esposa do apelante, a qual, por mais de uma vez, manifestou a intenção de eximir-se de qualquer responsabilidade sobre o menor, fruto de relacionamento extraconjugal.

De outro lado, os elementos colacionados aos autos atestam que não há membros da família extensa interessados ou aptos em exercerem os cuidados protetivos.

Não há, assim, elementos concretos que indiquem qualquer alteração no contexto fático que autorizou o acolhimento institucional. Ao contrário, há robusto conjunto probatório que indica a total incapacidade protetiva por parte do apelante.

Diante de tal conjuntura, a destituição do poder familiar é a medida que melhor atende os interesses do menor, nos termos do art. 227 da Constituição

Acesso ao Sumário

Federal e art. 1º do ECA.

Anote-se que a destituição do poder familiar não consiste apenas em medida punitiva ao genitor que falta com os deveres a ele inerentes. Cuida-se, primordialmente, de medida de proteção à criança e ao adolescente, que não podem ser prejudicados por conta da incapacidade, temporária ou definitiva, de seus genitores de lhes assegurar a devida e necessária criação. Ante a incapacidade protetiva do apelante e a impossibilidade de colocação do infante em família extensa, verifica-se que a destituição do poder familiar foi acertadamente decretada, pois os elementos trazidos aos autos revelam que o genitor não tem condições para prover o ambiente seguro de que ele necessita.

Por fim, há que se ressaltar que a criança já está em processo de colocação em família substituta, medida apta a assegurar a preservação do seu melhor interesse.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006175-94.2022.8.26.0010, da Comarca de São Paulo, em que é apelante J.A.C., é apelado F.B.S.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM do recurso, determinando-se a imediata remessa dos autos para a 2ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça para julgamento. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 63.786)**

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, 9 de agosto de 2024.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. Ação de suspensão do poder familiar c/c modificação de guarda. Ausência de hipótese de criança em situação de risco. Incompetência da Câmara Especial para análise e julgamento do recurso. Inteligência do art. 33, IV do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça de São Paulo. Competência da Subseção de Direito Privado I desta Corte de Justiça. Prevenção da

2ª Câmara de Direito Privado, à vista do julgamento anterior de agravo de instrumento interposto nos autos. Recurso não conhecido, com determinação de remessa do feito para a 2ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **J.A.C.**, em ação de suspensão do poder familiar c/c guarda proposta por **F.B.S.**, contra a sentença prolatada às fls. 551/556, que julgou procedente em parte a demanda, para afastar o pedido de suspensão do poder familiar da genitora, bem como para confirmar a medida liminar deferida, mantendo a guarda unilateral do menor *D.B.A.* em favor do genitor.

Sustenta, em síntese, que a recorrente sempre se fez presente na vida do filho, dando-lhe atenção, carinho e amparo. Alega que exerce a maternagem adequadamente, com apoio de seus familiares, de modo que a guarda compartilhada é a medida que melhor resguarda os interesses do filho. Assevera que tal modalidade de guarda tem o condão de fortalecer os vínculos familiares, permitindo convivência simultânea do menor com ambos os genitores. Defende, outrossim, a fixação da residência no lar materno. Pugna pelo integral provimento do recurso, com atribuição da guarda da criança a ambos os genitores e fixação da residência no lar materno (fls. 563/567).

Apresentadas contrarrazões (fls. 572/580), subiram os autos e a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento do recurso, reputando absolutamente incompetente esta Colenda Câmara Especial para julgamento do apelo, com determinação de redistribuição dos autos a uma das Câmaras da Seção de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça, e opinando, subsidiariamente, pelo reconhecimento da intempestividade, ou, no mérito, pelo desprovimento (fls. 597/605).

É o relatório.

O recurso deve ser redistribuído para a Subseção de Direito Privado I, visto que esta Câmara Especial é incompetente para o conhecimento e julgamento do recurso interposto.

Discute-se no presente feito a atribuição da guarda do menor, em litígio envolvendo seus genitores, tratando-se de matéria regida pelo direito de família.

É certo que a petição inicial narra situação de risco pretérita a que exposto o menor *D.B.A.*, em decorrência de conduta da genitora, na medida em que ela fazia uso de drogas e negligenciava os cuidados com o filho.

No entanto, há que se destacar que a conjuntura inicial sofreu alterações, à vista da estabilização da genitora, que passou a realizar acompanhamento para tratamento de seu quadro de saúde, com o uso de medicamentos prescritos, con-

Acesso ao Sumário

forme apontado nos laudos técnicos encartados aos autos (em especial, às fls. 376/380).

Assim, superada a situação de risco relatada nos autos, haver-se-á que deslocar a competência para apreciação de eventual pedido de alteração da modalidade de guarda ou de regime de visitas entre os genitores, exaurindo-se, nesse caso, a competência da Justiça infanto-juvenil, como bem apontado na r. sentença recorrida.

Frise-se que, no presente momento, a criança se encontra bem amparada, em que pese a litigiosidade envolvendo o núcleo familiar.

Desse modo, permanecendo o infante no seio familiar, ausente hipótese apta a atrair a competência desta Colenda Câmara Especial, *ex vi* do artigo 33, parágrafo único, inciso IV, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça. Em casos como o dos autos, a competência recursal é da Subseção de Direito Privado I deste Tribunal (artigo 5º, inciso I.6, da Resolução nº 623/2013 do Órgão Especial desta Corte).

Confira-se o seguinte julgado do Órgão Especial desta E. Corte de Justiça em caso assemelhado:

"Conflito de Competência – Agravo de instrumento tirado de ação de regulamentação de guarda, na qual alegada alienação parental supostamente praticada pela genitora – Processo em trâmite na Vara Cível com competência em matéria de direito de família – Posterior alegação, pela genitora, que o pai teria instigado um dos filhos a mentir que o tio materno o teria abusado sexualmente, resultando na remessa ao Juízo competente para matéria de Infância e Juventude – ***Conflito de competência entre os Juízos de primeiro grau dirimido pela C. Câmara Especial, que declarou competente o Juízo da Vara da Infância e da Juventude em virtude da aparente de situação de risco ou vulnerabilidade – Posterior interposição de agravo de instrumento, não conhecido pela C. Câmara Especial, pelo fundamento de que, após a vinda dos novos estudos psicossociais, restara evidenciada a ausência de situação de risco aos menores*** *– Conflito suscitado pela C. 9.ª Câmara de Direito Privado, que entende competente a C. Câmara Especial, nos termos do artigo 33, inciso IV, do Regimento Interno deste Tribunal – Competência recursal firmada pelos termos do pedido inicial – Inteligência do artigo 103 do RITSJP –* ***Demanda que envolve pedido de regulamentação de guarda e, embora ventiladas alegações de suposta alienação parental por ambos os genitores, nada há de concreto que possa apontar para a configuração de situação de risco aos filhos*** *– Entendimento consagrado na Súmula 69 desta Corte, no sentido de que 'Compete ao Juízo da Família e Sucessões julgar ações de guarda, salvo se a criança ou adolescente, pelas provas constantes dos autos, estiver em evidente situação de risco' – Matéria reiteradamente conhecida pelas Câmaras integrantes da Primeira Subseção de Direito Privado, competente para conhecimento do recurso*

nos termos do artigo 5.º, inciso I, itens I.3, I.4, I.6 e 1.9 da Resolução 623/2013 deste Órgão Especial – Conflito conhecido para fixar a competência da C. 9ª Câmara de Direito Privado, suscitante, com observação" (TJSP; Conflito de competência cível 0004879-16.2024.8.26.0000; Relatora: Luciana Bresciani; Órgão Julgador: **Órgão Especial**; Foro de Leme – Vara Criminal; Data do Julgamento: 06/03/2024; Data de Registro: 08/03/2024)

E ainda:

"Apelação. Ação de destituição do poder familiar materno e modificação de guarda. Sentença de improcedência do primeiro pedido e procedência do segundo para designar o tio paterno guardião do menor. Inconformismo da genitora. Descabimento. ***Ausência de hipótese de criança em situação de risco. Incompetência da Câmara Especial para análise e julgamento do recurso.*** *Conjunto probatório que revelou ser o apelado quem neste momento reúne melhores condições para exercer a guarda do menor, conforme se extrai dos estudos social e psicológico realizados. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso não provido"* (TJSP; Apelação Cível 1003722-44.2021.8.26.0566; Relator: Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Carlos – 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 07/02/2022; Data de Registro: 07/02/2022)

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de regulamentação de guarda c.c. tutela de urgência – Ação proposta pela avó do infante em face da genitora – Distribuição inicial ao Juízo da 2ª Vara com competência para julgar as ações afetas à Família e Sucessões – Declinação da competência à 4ª Vara com competência para julgar as ações afetas à Infância e Juventude, sob o argumento da suspeita de situação de risco – Retorno dos autos à 2ª Vara, que suscitou conflito de competência – ***Ausência de risco e/ou vulnerabilidade a ensejar a atuação da Vara Especializada – Situação de risco que não pode ser presumida*** *– Questão a ser resolvida no Juízo da Família – Precedentes – Súmula 69 deste E. Tribunal de Justiça – Conflito negativo procedente, competência do MM. Juiz suscitante (2ª Vara da Comarca de Penápolis)"* (TJSP; Conflito de competência cível 0000891-55.2022.8.26.0000; Relatora: Ana Luiza Villa Nova; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Penápolis – 2ª Vara; Data do Julgamento: 21/06/2022; Data de Registro: 21/06/2022)

Por fim, cumpre salientar que há prevenção da 2ª Câmara de Direito Privado (art. 105 do RITJSP), à vista do julgamento anterior do Agravo de Instrumento sob nº 2276406-78.2022.8.26.0000 e Agravo de Instrumento sob nº 2139735-14.2023.8.26.0000 (fls. 89/90 e 290, respectivamente).

Ante o exposto, **NÃO SE CONHECE** do recurso, determinando-se a imediata remessa dos autos para a 2ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça para julgamento.

Cumpra-se, com urgência.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1503440-98.2022.8.26.0408, da Comarca de (...), em que é apelante J.H.P., 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 123.438)**

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, 14 de agosto de 2024.

BERETTA DA SILVEIRA, Vice-Presidente e Relator

Ementa: APELAÇÃO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. Ato infracional equiparado ao crime homicídio duplamente qualificado em concurso de agentes, na modalidade tentada (artigo 121, § 2º, incisos II e IV, c.c. os artigos 14, inciso II, e 29, todos do Código Penal). Materialidade e autoria suficientemente comprovadas. Insurgência recursal restrita à medida socioeducativa de internação aplicada. Manutenção. Necessidades pedagógicas, gravidade em concreto da conduta, circunstâncias e condições pessoais consideradas. Recurso desprovido

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fls. 266/272, que julgou procedente representação oferecida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do adolescente J.H.P., reconhecendo-se a prática do ato infracional equiparado ao delito de homicídio duplamente qualificado em concurso de agentes, na modalidade tentada (artigo 121, § 2º, incisos II e IV, c.c. os artigos 14, inciso II, e 29, todos do Código Penal), e aplicando-lhe a medida socioeducativa de internação o sem prazo determinado, fixando-se em três meses o prazo mínimo para reavaliação.

Apela o representado, requerendo apenas e tão somente a aplicação da medida socioeducativa de liberdade assistida, sob argumento de que a internação seria medida excepcional e inadequada ao caso concreto (fls. 326/331).

Acesso ao Sumário

Oferecidas contrarrazões (fls. 334/335), subiram os autos e a Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 347/350).

É O RELATÓRIO.

Consta da representação que, no dia (...), por volta das (...), na (...), nº (...), cidade e comarca de (...), o adolescente apelante, agindo com *animus necandi*, em concurso com várias outras pessoas, todas imputáveis, por motivo fútil e valendo-se de recurso que tornou impossível a defesa do ofendido, tentou matar a vítima L.S.B.O., produzindo-lhe os ferimentos descritos no laudo de exame pericial de fls. 32/33, e não consumando seu intento por circunstâncias alheias a sua vontade (fls. 122/123).

Encerrada a instrução processual, sobreveio sentença de procedência, que reconheceu a autoria e a materialidade do ato infracional equiparado ao crime de tentativa de homicídio duplamente qualificado, aplicando-se ao adolescente a medida socioeducativa de internação (fls. 266/272).

O recorrente insurge-se, exclusivamente, contra a medida socioeducativa de internação aplicada, considerando-a excessivamente gravosa.

Sem razão, no entanto.

Conforme os arts. 100, *caput* e parágrafo único, VIII, e 113 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*".

O crime de homicídio, ainda que em sua forma tentada, é demasiadamente grave e contém a violência, com *animus necandi*, como um de seus elementos constitutivos. Assim, o ato delituoso amolda-se à hipótese do art. 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a permitir a aplicação da medida de internação.

No caso *sub judice*, as circunstâncias específicas demonstram a gravidade concreta da infração, sendo pertinente a descrição dos fatos assim como constam na representação, *verbis*: "*na data dos fatos, a* ***vítima estava trabalhando como segurança*** *em um evento realizado no estabelecimento '(...)', quando presenciou uma briga envolvendo a pessoa de D. e sua namorada e* ***interveio em favor dela****. Nesse momento, passou a ser agredido por diversas pessoas conhecidas de D.,* ***oportunidade em que J. desferiu diversos golpes de capacete contra ele. A vítima, então, veio ao solo, mas continuou sendo agredido pelos envolvidos. J., além de golpes de capacete, desferiu chutes contra a vítima caída.*** *A tentativa de ceifar a vida do ofendido apenas cessou com a intervenção*

Acesso ao Sumário

de outros seguranças." (fls. 122 – destaques nossos).

Além disso, as condições pessoais do apelante também são desfavoráveis, mencionando-se, em primeiro lugar, seu histórico infracional, com registro anterior pela Vara da Infância e Juventude (fls. 142).

Depois, ainda que o relatório de diagnóstico polidimensional (fls. 242/246) traga pontos positivos e sugira a colocação do menor em liberdade, como é sabido e consabido, o magistrado não está adstrito ao laudo técnico da Fundação Casa. Conforme entendimento consagrado na Súmula 84 desta Corte de Justiça, "*O juiz, ao proferir decisão na execução da medida socioeducativa, não está vinculado aos laudos da equipe técnica*".

Assim, ante a gravidade em concreto da infração praticada e as condições pessoais do adolescente, não é recomendável aplicar-lhe medida em meio aberto, porque não conferirá a proteção integral de que necessita, tampouco seria suficiente para a finalidade ressocializadora e pedagógica almejada. Portanto, a medida de internação é mesmo a mais adequada ao caso.

Não se pode perder de vista que as medidas socioeducativas, em virtude da doutrina da proteção integral, consagrada no artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, têm o escopo primordial de ressocialização. A segregação do apelante é salutar e necessária, tudo em perfeita consonância com a proteção integral prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. Por certo, busca-se a reabilitação do apelante e o resgate de valores e limites que a vida em sociedade exige. Anote-se que haverá avaliação periódica e que a medida aplicada poderá ser substituída, havendo aptidão para o convívio social. Além do mais, internado, o recorrente será submetido à necessária orientação pedagógica por profissionais especializados, visando à ressocialização, beneficiando-se do efetivo afastamento do ambiente nocivo em que inserido.

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

Acesso ao Sumário

Apelações/Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1040597-40.2023.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes J.R.R.S. (REPRESENTADO(A) POR SEU PAI) (...) e JUÍZO "EX OFFICIO", são apelados MUNICÍPIO DE CAMPINAS e ESTADO DE SÃO PAULO, recorridos SECRETÁRIO MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO e DIRIGENTE REGIONAL DE ENSINO DE CAMPINAS LESTE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso oficial, deram provimento ao recurso voluntário para determinar a permanência do impetrante na mesma instituição que já frequenta. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº AC -0639/24-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, 2 de julho de 2024.

TORRES DE CARVALHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Campinas. Pretensão de retenção no último ano da Educação Infantil. Possibilidade. Ausência de maturidade necessária para progressão em razão de suas condições peculiares de desenvolvimento. Relatórios comprobatórios da inaptidão para progressão escolar no ensino fundamental em 2024. Análise individualizada e não aferida única e exclusivamente pela idade cronológica e sob os critérios estipulados pela Deliberação CEE/SP 166/2019 e Parecer 137/2019, sob pena de vulneração ao princípio da proteção integral. Conjunto probatório que demonstra que a permanência da criança na instituição de ensino que já frequenta é o que melhor atende a sua necessidade de desenvolvimento cognitivo e social. Segurança concedida. Recurso oficial desprovido e recurso voluntário provido.

VOTO

1. A r. sentença de fls. 174/178 concedeu a segurança, nos termos do art. 487, I, do CPC, para autorizar a matrícula do impetrante J.R.R.S. (nascido aos (...)) no último ano do ensino infantil, no ano letivo de 2024, tornando definitiva a liminar de fls. 73/74, dispondo que caberá ao impetrante procurar órgão responsável a fim de indicar a instituição de ensino municipal na qual pretende ser matriculado, vez que não é possível fazer a matrícula na escola indicada na inicial. Sem condenação em honorários advocatícios, por força da Súmula 512 do STF. Interposta remessa necessária.

Acesso ao Sumário

Recorre o impetrante. Pretende a reforma parcial da r. sentença, tão somente para que se determine sua permanência na instituição de ensino em que já está matriculado desde 2020 (...) – fls. 193/197.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 205/215, 218/227). Manutenção da r. decisão (fl. 236). A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento da remessa necessária e, provimento do apelo (fls. 252/259). Sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

2. Fatos. Cuidam os autos de ação mandamental impetrada por J.R.R.S., alegando ser portador de trissomia do cromossomo 21 e retardo neuro motor (CID Q.90.2 e F.72.0 – fl. 32) e estar cursando o último ano da educação infantil. Em razão da legislação vigente e de sua idade, em 2024 deveria cursar o 1º ano do Ensino Fundamental, progredindo na grade escolar. Contudo, no aspecto pedagógico, motoro e comportamental, apresenta atrasos importantes, sendo lhe recomendado refazer o último ano do Ensino Infantil, no ano de 2024 (fls. 1/12).

3. Remessa Necessária. O direito à educação segundo a capacidade de aprendizado constitui direito público subjetivo e de absoluta prioridade conferido à criança e ao adolescente pela Constituição Federal (artigos 6º, 205, inc. V, do art. 208, e 227), pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (*caput* e inc. I, do art. 53, inc. V do art. 54, e inc. III, do art. 208) e pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96, inc. V, do art. 4º e arts., 23 e 24) e em seu art. 31, inc. I, define que na educação infantil a avaliação deve se dar mediante acompanhamento e registro do desenvolvimento das crianças, sem o objetivo de promoção, mesmo para o acesso ao ensino fundamental, e o inc. V do art. 208 da CF prevê o dever do Estado de garantir o livre acesso aos níveis mais elevados do ensino, segundo a capacidade de cada um, dispositivo que também foi incorporado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (inc. V, do art. 54).

Restou estabelecido na ADPF nº 292 que o critério etário pode ser afastado excepcionalmente quando a criança apresenta amadurecimento cognitivo e comportamental incompatível com a série a ser cursada *"**a critério exclusivo da equipe pedagógica diretamente responsável pelo aluno**, o que se mostra consentâneo com a 'valorização dos profissionais da educação escolar' (art. 208, V, da CRFB e art. 206, V, da CRFB) **e o apreço à pluralidade de níveis cognitivo-comportamentais em sala de aula**."* (destaquei).

É possível admitir, em casos excepcionais, a reclassificação do aluno, devendo a decisão de matricular ou não um aluno em determinada série levar em consideração outros fatores além da idade cronológica, como o desenvolvimento cognitivo e socioemocional da criança ou adolescente, e a Indicação CEE nº 180/2019 não veda o recuo ou a retração escolar ao tratar do ato de reclassificação, que leva em consideração as peculiaridades pedagógicas próprias de cada aluno.

Acesso ao Sumário

Na hipótese, o relatório pedagógico da instituição de ensino de fls. 59/60 e o da terapeuta ocupacional de fl. 155, demonstram a necessidade de retenção escolar no último ano (AG III) da Educação Infantil, porque a criança não está preparada para o Ensino Fundamental em 2024, devendo permanecer mais um ano na Educação Infantil mais compatível com sua maturidade mental e seu desenvolvimento motoro, sob pena de prejuízos pedagógicos, cognitivos e sociais.

Inobstante a negativa tácita à retenção na série atual, sob a justificativa de cumprimento a legislação vigente, depreende-se do conjunto probatório carreado que, excepcionalmente, a retenção escolar do impetrante vem em prestígio ao princípio da proteção integral, em respeito às suas condições particulares.

Nestes moldes, deve ser prestigiado o direito da criança ser mantida mais um ano no ensino infantil, conforme pleiteado, assegurando, assim, o seu pleno desenvolvimento, tal como decidido, sopesando-se que já em curso o ano letivo e eventual alteração fática acarretará à criança indiscutíveis danos.

Não há, com a presente providência, violação à separação e independência dos Poderes, ou mesmo aos vetores da isonomia e discricionariedade administrativa, tal como cristalizado na Súmula nº 65 deste Tribunal de Justiça.

4. Outrossim, pela análise documental está demonstrada a necessidade de o aluno permanecer matriculado na mesma instituição – (...), que frequenta desde janeiro 2020 – fls. 59/60. Especificamente, o relatório de fls. 155 pontua que: *"Destaca-se, de maneira especial, a importância da continuidade de J. na Escola (...). A sólida vinculação estabelecida com a equipe pedagógica, aliada à profunda familiaridade com o ambiente escolar, desempenha papel crucial em seu desenvolvimento global. A manutenção dessa relação é vital para o progresso acadêmico e social de J. Diante do exposto, é recomendável que J. permaneça por mais um ano na Educação Infantil, visando o aprimoramento de suas demandas motoras e pedagógicas. Este adiamento possibilitará o contínuo desenvolvimento das habilidades essenciais para seu progresso acadêmico e emocional, evitando submetê-lo prematuramente ao processo de alfabetização"*.

De fato, o Termo de Colaboração firmado entre a Municipalidade e a instituição às fls. 123/130 prevê limitação etária aos alunos (crianças de 0 a 05 anos e 11 meses – cláusula 1.1), contudo, não se pode passar ao largo da razoabilidade, permitindo, nesse caso, que a matrícula seja feita em outro estabelecimento de ensino, perdendo-se anos de trabalho pedagógico feito com a criança, frustrando a razão de sua manutenção na Educação Infantil e não atendendo ao superior interesse da criança. Não se está permitindo a escolha por determinada escola e sim a manutenção desse aluno especial na unidade de ensino a que está ambientalizado, frequentando desde 2020. Importante observar que o relatório pedagógico da instituição não aponta qualquer problemática que a permanência do recorrente possa causar (fls. 59/60). Por fim, a vigência do Termo de Colaboração de acordo com a cláusula 3.1 (fls. 124) tem seu prazo final em 31 de janeiro de 2025, com a possibilidade de prorrogação por sucessivos períodos,

Acesso ao Sumário

desde que não exceda a 60 meses, de modo que, não ocorreu a ruptura da relação contratual entre a Prefeitura e a instituição de ensino.

Nesse contexto, em respeito aos princípios da proteção integral e do melhor interesse, necessária a continuidade do impetrante no Ensino Infantil e na mesma instituição de ensino que já frequenta (...).

O voto é pelo **desprovimento do recurso oficial, provido o recurso voluntário para determinar a permanência do impetrante na mesma instituição que já frequenta.**

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0017548-04.2024.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA REGIONAL DE COMPETÊNCIA EMPRESARIAL E DE CONFLITOS RELACIONADOS À ARBITRAGEM DE CAMPINAS, interessados CENTRO DE ENSINO DE IDIOMAS IRATI LTDA. e PEARSON EDUCATION DO BRASIL S/A, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 11ª VARA CÍVEL DE CAMPINAS.

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 11ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CAMPINAS). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.233)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 1º de julho de 2024.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com pedido de danos morais – Distribuição à Justiça Cível comum – Remessa à Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem – Descabimento – Matéria não inserida na competência das Varas Empresariais

– Matéria disciplinada pelo Código Civil, decorrente de prática de negativação indevida em órgão de proteção ao crédito e dano moral – Inteligência do artigo 2º da Resolução 763/2016 – Competência afeta às Varas Cíveis – 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 1ª VARA REGIONAL DE COMPETÊNCIA EMPRESARIAL E DE CONFLITOS RELACIONADOS À ARBITRAGEM DA 4ª E DA 10ª RAJS em face do MM JUÍZO DE DIREITO DA 11ª VARA CÍVEL, ambas da Comarca de Campinas, nos autos da ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por abalo de crédito e dano moral ajuizada por Centro de Ensino de Idiomas de Irati Ltda. em face de Pearson Education do Brasil LTDA. (Processo nº 1002107-12.2024.8.26.0114)

O feito foi inicialmente distribuído ao Juízo suscitado, o qual declinou da sua competência, ao argumento de que a matéria discutida é de competência da Vara Empresarial, nos termos do artigo 3º da Resolução nº 868/2022 (fl. 81, dos autos de origem).

Desse entendimento diverge o Juízo suscitante, por entender que a matéria tratada na demanda não está inserida em qualquer das hipóteses descritas no artigo 3º da Resolução nº 868/2022 (fls. 92/93 e 99/100 dos autos de origem).

Foi designado o Juízo suscitado (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 11ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CAMPINAS) para apreciar e decidir questões urgentes (fls. 3/5).

É o relatório.

Conhece-se do conflito negativo de competência, visto que presente a hipótese prevista no artigo 66, II, do Código de Processo Civil, na medida em que ambos os Juízos declinam da competência para processar a demanda.

De acordo com a petição inicial, a parte autora foi incluída nos cadastros de proteção ao crédito em razão de débito já adimplido integralmente, o que não só tem dificultado a parte autora em manter sua atividade econômica como tem causado constrangimentos perante o comércio e conhecidos.

Nesse contexto, pleiteia a requerente a declaração de inexistência do débito, bem como indenização por danos morais pela manutenção indevida de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito.

Bem assentadas as premissas fáticas, cumpre destacar que a competência das Varas Empresariais e de Conflitos de Arbitragem da Capital é fixada pelo artigo 2º da Resolução nº 763/2016 deste Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Acesso ao Sumário

"Art. 2º As Varas Empresariais e de Conflitos relacionados à Arbitragem da Comarca da Capital terão competência para as ações principais, acessórias e conexas, relativas à matéria prevista no Livro II, Parte Especial do Código Civil (arts. 966 a 1.195) e na Lei n. 6.404/1976 (sociedades anônimas), bem como a propriedade industrial e concorrência desleal, tratadas especialmente na Lei n. 9.279/1996, a franquia (Lei n. 8.955/1994) e as ações decorrentes da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96), cessando, em relação às últimas, a competência das Varas de Falências e Recuperações Judiciais da Capital e de Conflitos Relacionados à Arbitragem da Capital, que passam a se chamar 1ª, 2ª e 3ª Varas de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital".

A sobredita norma definiu, especificamente, a competência das Varas Empresariais para processar e julgar ações que versem sobre relações contratuais relativas à matéria societária, propriedade industrial e franquia.

O caso em tela não discute qual a origem do débito, se relativo ou não à franquia, mas tão somente se o débito foi adimplido e, nesse caso, sobre ser indevida a manutenção do nome da parte autora nos cadastros de proteção ao crédito, de modo que a questão de fundo não é contemplada pelo rol acima mencionado e, considerada a sua taxatividade, impõe-se reconhecer o acerto do entendimento apresentado pelo Juízo suscitante.

No mesmo sentido, já se posicionou esta Colenda Câmara Especial:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais – Distribuição a juízo cível, seguida de redistribuição a vara regional de competência empresarial e de conflitos relacionados à arbitragem – Matéria, contudo, que não se insere no rol do artigo 2º da Resolução 825/2019 do TJSP – Pretensão relacionada à prática de ato ilícito, negativação indevida em órgão de proteção ao crédito e dano moral – Conflito conhecido para declarar-se a competência do Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de São José dos Campos, suscitante. (TJSP; Conflito de competência cível 0011154-78.2024.8.26.0000; Relator: Jorge Quadros; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de São José dos Campos – 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/04/2024; Data de Registro: 25/04/2024).

Observada, portanto, a nítida relação obrigacional que originou o débito declarado e alegadamente adimplido, que se coloca à margem das hipóteses que atraem a competência especializada, é o caso de se reconhecer a competência do Juízo suscitado.

Ante o exposto, **CONHEÇO** do conflito negativo de competência e **DECLARO** a competência do **JUÍZO SUSCITADO** (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 11ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CAMPINAS).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0018887-95.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES DE PRAIA GRANDE, interessados (...), é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES DO FORO CENTRAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por unanimidade conheceram do conflito e julgaram competente o MM. Juízo da 6ª Vara da Família e Sucessões do Foro Central da Comarca de São Paulo, ora Suscitado", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.743)**

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, 30 de julho de 2024.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Abertura de inventário – Declinação da competência de ofício – Feito redistribuído com base no último domicílio da autora da herança – Impossibilidade – Competência territorial, de natureza relativa – Entendimento das súmulas n. 33, do Superior Tribunal de Justiça, e 71, desta E. Corte – Precedentes desta C. Câmara Especial – Competência do Juízo suscitado – Conflito procedente

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Família e Sucessões da Comarca de Praia Grande contra o MM. Juiz de Direito da 6ª Vara da Família e Sucessões do Foro Central da Comarca de São Paulo, nos autos da abertura de inventário (n. (...)) em decorrência do óbito de M.G.M., ocorrido em (...).

Alega o suscitante, em síntese, que se trata de competência territorial, não podendo ser declarada de ofício, conforme apontam as súmulas n. 33, do Superior Tribunal de Justiça e n. 71, desta E. Corte.

Designado o Juízo suscitado para apreciar e resolver as eventuais medi-

Acesso ao Sumário

das urgentes (fl. 05).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça deixou de oferecer manifestação, tendo em vista que a matéria tratada nos autos originários não se encontra nas hipóteses legais de intervenção do Ministério Público (fl. 11).

É o relatório.

O conflito negativo de competência está configurado, nos termos previstos no artigo 66, inciso II, do Código de Processo Civil, uma vez que nenhum dos Juízos reconhece sua competência para processar o presente feito.

O caso em análise trata de abertura de inventário promovida por J.P.G., em decorrência do falecimento de sua companheira, M.G.M., ocorrido em (...), sendo distribuída originalmente à 6ª Vara da Família e Sucessões do Foro Central da Comarca de São Paulo.

Contudo, o MM. Juiz de Direito declinou de sua competência, à fl. 17 dos autos originários, tendo em vista que o último domicílio da autora da herança foi na Comarca de Praia Grande, conforme consta na certidão de óbito (fls. 15/16).

Aportados os autos na 1ª Vara de Família e Sucessões daquela Comarca, foi instaurado o incidente em debate.

Respeitadas as ponderações do Juízo suscitado, razão assiste ao Juízo suscitante.

Conforme prescreve o entendimento desta E. Corte, materializado na súmula n. 71, *"a competência para o processamento de inventário ou arrolamento em razão do foro do domicílio do autor da herança é relativa"*.

Dessa forma, a incompetência relativa não poderá ser reconhecida de ofício, tal como ocorreu no caso em análise, em respeito à súmula n. 33, do Superior Tribunal de Justiça (*"a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício"*)

A exceção a essa regra ocorre quando o magistrado verificar que o foro escolhido não se vincula a nenhum dos critérios legais de fixação da competência territorial, situação que não é a dos autos. Nessa linha: STJ REsp n. 2.057.441, Ministra Regina Helena Costa, DJe de 24/03/2023.

Não é outro entendimento desta C. Câmara Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de inventário originalmente distribuída ao Juízo da 2ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional II Santo Amaro da comarca de São Paulo, local de domicilio dos herdeiros requerentes – Redistribuição para a 2ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Diadema, considerando o endereço do último domicílio do "de cujus" – Desacerto da medida – Ação que versa sobre direitos hereditários – Inteligência do artigo 48 do Código de Processo Civil – Competência que é territorial e relativa, a impedir a declinação de ofício – Ausência de escolha aleatória de Foro – Entendimento do STJ, consolidado na Súmula 33 e deste E. Tribunal de Justiça,

formalizado na Súmula 71 – Precedentes – Conflito negativo procedente – Reconhecida a competência da MMª. Juíza de Direito da 2ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional II - Santo Amaro da comarca de São Paulo, suscitado".

(TJSP; Conflito de competência cível 0005388-44.2024.8.26.0000; Relatora: Ana Luiza Villa Nova; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional II - Santo Amaro - 2ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 21/03/2024; Data de Registro: 21/03/2024)

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de Inventário – Foro do último domicílio do autor da herança de natureza relativa – Inteligência do art. 48, CPC – Competência relativa, de acordo com a Súmula nº 71 do TJSP – Declinação de ofício – Impossibilidade – Inteligência da Súmula nº 33 do Superior Tribunal de Justiça – Precedentes desta C. Câmara Especial – Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo suscitado (2ª Vara Judicial da Comarca de Itanhaém)".

(TJSP; Conflito de competência cível 0025074-56.2023.8.26.0000; Relator: Francisco Bruno (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Piedade - 1ª Vara; Data do Julgamento: 31/07/2023; Data de Registro: 31/07/2023)

Pelo exposto, julga-se **procedente** o conflito para declarar a competência do Juízo suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0023962-18.2024.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE SANTO ANDRÉ, interessados COMPANHIA DE LOCAÇÃO DAS AMÉRICAS e PEDRO LIMA DE MACEDO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 8ª VARA CÍVEL DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS.

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 123.328)**

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, 6 de agosto de 2024.

Acesso ao Sumário

BERETTA DA SILVEIRA, Vice-Presidente e Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação Regressiva ajuizada por seguradora em decorrência de acidente de veículos. Distribuição ao MM. Juízo de Direito da 8ª Vara Cível da Comarca de São José dos Campos. Redistribuição ao MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Santo André. Impossibilidade. Competência territorial, relativa, indeclinável de ofício. Inteligência da Súmula nº 33 do E. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Precedentes. Competência do MM. Juízo de Direito da 8ª Vara Cível da Comarca de São José dos Campos, suscitado.

VOTO

Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo **MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Santo André** em face do **MM. Juízo de Direito da 8ª Vara Cível da Comarca de São José dos Campos**, nos autos da Ação de Regresso nº 1007710-35.2024.8.26.0577, ajuizada por COMPANHIA DE LOCAÇÃO DAS AMÉRICAS, pessoa jurídica de direito privado, em face de P.L.M.

Sustentou que, "*[a]inda que não se desconheçam precedentes limitando a aplicação da regra do artigo 53, inciso V, do Código de Processo Civil à demanda promovida pelo segurado/vítima, a presente demanda foi ajuizada no foro do local do fato, onde, certamente, melhores elementos de prova poderão ser colhidos.*" (fl. 49 da origem). Afirmou se tratar "*de competência territorial relativa, que deve ser alegada pela parte ré e não pode ser conhecida de ofício (artigo 337, inciso II e parágrafo 5º, do Código de Processo Civil).*" (fl. 49 da origem). Ressaltou a inteligência do artigo 65, *caput*, do Código de Processo civil ("*prorrogar-se-á a competência relativa se o réu não alegar a incompetência em preliminar de contestação*"). Defendeu a aplicação da Súmula nº 33 do C. Superior Tribunal de Justiça (STJ): "*A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício.*". Apontou jurisprudência desta C. Câmara Especial: *(I)* conflito de competência cível 0015022-69.2021.8.26.0000, Rel. Magalhães Coelho (Pres. da Seção de Direito Público), j. 01/07/2021; *(II)* conflito de competência cível 0021319-92.2021.8.26.0000, Rel. Issa Ahmed, j. 30/06/2021; *(III)* conflito de competência cível 0018152-67.2021.8.26.0000, Rel. Guilherme G. Strenger (Pres. Seção de Direito Criminal), j. 29/06/2021; *(IV)* conflito de competência cível 0014170-45.2021.8.26.0000, Rel. Guilherme G. Strenger (Pres. Seção de Direito Criminal), j. 24/05/2021; e *(VI)* conflito de competência

cível 0008889-11.2021.8.26.0000, Rel. Dimas Rubens Fonseca (Pres. da Seção de Direito Privado), j. 16/03/2021. Por fim, destacou que "*a hipótese vertente não se enquadra naquelas de ajuizamento em foro aleatório, que nenhuma relação possui com a relação jurídica material ou processual, não autorizando a providência mesmo diante da nova regra do artigo 63, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei 14.879/24.*" (fl. 50 da origem).

Processado o conflito de competência, foi designado o MM. Juízo suscitado (MM. Juízo de Direito da 8ª Vara Cível da Comarca de São José dos Campos) para apreciar as medidas urgentes (fls. 03/05).

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 de Regresso ajuizada por COMPANHIA DE LOCAÇÃO DAS AMÉRICAS, pessoa jurídica de direito privado, em face de P.L.M., em que a seguradora busca a condenação da requerida ao pagamento da quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais) em razão de danos causados ao veículo segurado e pago por ela, decorrentes de acidente de trânsito ocorrido registrado através do Boletim de Ocorrência nº 0001568601/2021 (fls. 01/05 da origem).

A ação foi distribuída ao MM. Juízo de Direito da 8ª Vara Cível da Comarca de São José dos Campos que, ao argumento de que "*[a] seguradora que se sub-roga nos direitos do segurado não tem a prerrogativa prevista no art. 53, V, pois trata-se de regra especial, de direito personalíssimo da vítima do acidente.*" (fl. 44 da origem), declinou da competência e determinou a redistribuição dos autos a uma das Varas Cíveis da Comarca de Santo André/SP (decisão à fl. 44 da origem).

Redistribuídos os autos, o MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Santo André suscitou o presente conflito de competência (fls. 49/50 e 53 da origem).

Razão assiste ao MM. Juízo suscitante.

Embora, pela regra do artigo 46, *caput*, do Código de Processo Civil, a competência seja da Comarca de Santo André/SP (Foro do domicílio do réu), o dispositivo em comento encerra regra de competência territorial e, portanto, relativa, não podendo ser declarada de ofício, consoante dispõem expressamente os artigos 64 e 65 do Código de Processo Civil.

A propósito, esse é o entendimento firmado pelo E. Superior Tribunal de Justiça na Súmula nº 33, *in verbis*: "*A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício.*".

Acesso ao Sumário

Não há como se afastar, portanto, a competência do MM. Juízo de Direito da 8ª Vara Cível da Comarca de São José dos Campos, suscitado, para processamento e julgamento do feito.

Nesse sentido, precedentes desta Colenda Câmara Especial:

"*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação regressiva de ressarcimento de danos materiais em decorrência de acidente de veículo proposta por seguradora, distribuída para a 2ª Vara Judicial de Santa Isabel. Remessa para a comarca de São José dos Campos, que alberga o domicílio do segurado. Impossibilidade. Competência territorial, relativa, indeclinável de ofício nos termos da súmula nº 33 do C. STJ. Precedentes. Competência da Juíza suscitada da 2ª Vara Judicial de Santa Isabel.*" (TJSP; Conflito de competência cível 0016372-24.2023.8.26.0000; Relator: **Beretta da Silveira** (Pres. da Seção de Direito Privado; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Santa Isabel – 2ª Vara; Data do Julgamento: 09/05/2023; Data de Registro: 09/05/2023).

"*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação regressiva de reparação de danos decorrente de acidente de veículo distribuída à 1ª Vara de São Pedro, que alberga o domicílio dos réus. Redistribuição para a 7ª Vara Cível de São Bernardo do Campo, local dos fatos. Impossibilidade. Competência territorial, relativa, indeclinável de ofício. Inteligência da Súmula 33 do C. Superior Tribunal de Justiça. Competência do Juiz suscitado da 1ª Vara da Comarca de São Pedro.*" (TJSP – Câmara Especial – Conflito de competência cível nº 0013956-54.2021.8.26.0000 – Rel. Des. **Dimas Rubens Fonseca** – j. em 14.05.2021, V.U.).

Ante o exposto, **CONHEÇO DO CONFLITO NEGATIVO** para declarar a competência do **MM. Juízo de Direito da 8ª Vara Cível da Comarca de São José dos Campos**, suscitado.

Conflitos de Jurisdição

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0018601-20.2024.8.26.0000, da Comarca de Mauá, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DE MAUÁ, interessados J.H.P.S. e E.G.P.S., é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL DE MAUÁ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONHECERAM

do conflito negativo de competência e DECLARARAM a competência do JUÍZO SUSCITANTE (MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Mauá). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.818)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 20 de agosto de 2024.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO – INQUÉRITO POLICIAL PARA APURAÇÃO DO CRIME DE LESÃO CORPORAL – Delito supostamente praticado pelo investigado contra a sua irmã – Pedido distribuído ao Juizado Especial Criminal – Impossibilidade – Existência de violência ocorrida no âmbito da família e em razão de relação familiar entre a vítima e o investigado – Incidência do artigo 5º, II, da Lei nº 11.340/2006 – Inteligência das Súmula 114 do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Precedentes desta Colenda Câmara Especial – CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE.

VOTO

Trata-se de CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO suscitado pelo MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL em face do MM. JUÍZO DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL, ambos da comarca de Mauá, nos *autos do inquérito policial* nº 1501053-28.2024.8.26.0348, instaurado em desfavor de E.G.P.S. para apuração de eventual prática do crime de lesão corporal contra sua irmã J.H.P.S., em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher.

O inquérito policial foi originalmente distribuído ao Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Mauá que, acolhendo manifestação ministerial (fls. 14/17), declinou da competência e determinou a redistribuição à Vara Criminal, sob o fundamento de que aos crimes previstos na Lei nº 11.340/06 não se aplica a Lei dos Juizados Especiais (fls. 19 dos autos de origem).

Desse entendimento diverge o Juízo suscitante, por entender que os fatos não se submetem às hipóteses previstas no artigo 5º, incisos I a III, da Lei nº 11.340/06, haja vista que o delito não ocorreu no âmbito da unidade doméstica.

Acesso ao Sumário

Ressalta que, apesar das partes serem irmãos, não há convívio permanente entre ambos, pois residem em casas separadas no mesmo terreno. Acrescenta, ainda, que não restou demonstrado que a conduta do averiguado foi baseada na questão de gênero (fls. 29/36 dos autos de origem).

Foi designado o Juízo suscitante para apreciar e decidir questões urgentes (fls. 10/12).

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento do presente conflito e declaração da competência do Juízo suscitante (fls. 17/22).

É o relatório.

Conheço do conflito negativo de jurisdição, com fundamento no artigo 114, I, do Código de Processo Penal, pois ambos os Juízos se declaram incompetentes para o conhecimento da causa.

O conflito é suscitado nos autos do inquérito policial em que se apura eventual prática do crime de lesão corporal cometido por E.G.P.S. contra a sua irmã J.H.P.S.

Razão assiste ao Juízo suscitado.

Com efeito, o relato dos autos não deixa dúvidas quanto ao enquadramento do caso às disposições da Lei 11.340/2006, porquanto caracterizadas a violência baseada no gênero; a relação familiar entre as partes, ainda que sem coabitação; assim como a condição de vulnerabilidade da vítima frente ao agressor, que é seu irmão.

Assim, presente a hipótese disposta no artigo 5º, II, da Lei 11.340/06[1], que prevê sua incidência para casos em que tenha havido relação familiar causadora de sofrimento físico ou psicológico, como é a hipótese dos autos.

Mister salientar que é inaplicável a Lei dos Juizados Especiais aos casos de violência doméstica, conforme disposto no artigo 41, da Lei nº 11.340/06[2].

Lembre-se, ainda, o entendimento já sumulado nesta Egrégia Corte por meio da edição da Súmula nº 114, para fins de incidência da Lei nº 11.340/2006, *in verbis*:

> *"Sumula 114: Para efeito de competência em face da aplicação da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeito ativo da violência, figurando como sujeito passivo apenas a mulher, sempre que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência íntima, com ou sem coabitação, e desde que a violência seja baseada no gênero, com ocorrência de opressão, dominação, submissão da mulher em relação ao agressor."*

Acesso ao Sumário

1 Art. 5º. Para efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. (...) II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

2 Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995"

Assim, o crime supostamente praticado se deu contra mulher subjugada pela condição específica (sexo feminino) e em razão de sua relação de parentesco com o investigado, devendo ser reconhecida a competência da vara especializada da violência doméstica.

Nesse sentido também já se manifestou este Egrégio Tribunal de Justiça: *CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Ação penal para apuração da suposta prática da contravenção penal de vias de fato contra a irmã e a sobrinha do denunciado, distribuída para a 1ª Vara Criminal de Mauá. Remessa para o Juizado Especial Criminal. Impossibilidade. Enquadramento do caso às disposições da Lei Maria da Penha. Vítimas do sexo feminino. Relação familiar. Incidência da Súmula 114 desta Corte de Justiça. Competência do Juiz suscitado da 1ª Vara Criminal de Mauá.* TJSP; Conflito de Jurisdição 0041250-13.2023.8.26.0000; Relator: Heraldo de Oliveira (Pres. Seção de Direito Privado); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Mauá – Vara do Juizado Especial Cível e Criminal; Data do Julgamento: 18/01/2024; Data de Registro: 18/01/2024)

Portanto, considerando-se a fundamentação supra, a competência é do Juízo suscitante.

Ante o exposto, **CONHEÇO** do conflito negativo de competência e **DECLARO** a competência do **JUÍZO SUSCITANTE** (MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Mauá).

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº 2188397-72.2024.8.26.0000, da Comarca de Diadema, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente N.L.S.S.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 123.228)**

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, 24 de julho de 2024.

BERETTA DA SILVEIRA, Vice-Presidente e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: 'HABEAS CORPUS'. INFÂNCIA E JUVENTUDE. Execução de medida socioeducativa de liberdade assistida. Descumprimento reiterado e injustificado. Decretação da internação-sanção. Realização de audiência de justificação prévia. Falta de justificativa plausível do adolescente. Ausência de constrangimento ilegal. ORDEM DENEGADA.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor de N.L.S.S. (d. n. – (...)), com pedido de medida liminar, sob a alegação de que ele está sofrendo constrangimento ilegal por ato do MM. Juiz de Direito da Vara do Júri/Exec./Inf.Juv./Idoso da Comarca de Diadema, em razão da decisão proferida a fl. 118 dos autos nº (...), que decretou a internação-sanção, pelo prazo de 90 (noventa) dias.

Sustenta que o paciente está em cumprimento de medida socioeducativa de liberdade assistida. Aponta que o jovem, na audiência de justificação, asseverou que precisa trabalhar para auxiliar nas despesas domésticas e, tendo atingido a maioridade, acreditou que não fosse necessário o comparecimento ao CREAS. Alega que a pretensão executória está prescrita, tendo em vista que o *"ato infracional equiparado à receptação ocorrido na data de 30 de novembro de 2022. A r. sentença que impôs a medida socioeducativa de liberdade assistida foi exarada em 23 de maio de 2023. Por sua vez, em r. decisão proferida em 24 junho de 2024 (...). Portanto, referida medida socioeducativa de liberdade assistida tem como base o lapso temporal de seis meses para o cálculo da prescrição da pretensão executória, cujo prazo prescricional é de um ano e meio"* (fls. 02/03).

Pretende, assim, a concessão da medida liminar para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento final desse *habeas corpus*, e, ao final, o provimento do recurso (fls. 02/05).

Indeferido o pedido na forma liminar (fls. 126/132), a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 139/144).

É O RELATÓRIO.

Conforme apontado no despacho de fls. 126/132, a internação-sanção foi decretada, ao que consta, em razão do descumprimento injustificado da medida de liberdade assistida aplicada imposta ao paciente pela prática de ato infracional análogo ao crime de receptação.

No que concerne à prescrição, realmente não há dúvida de que se trata de instituto aplicável aos procedimentos referentes aos atos infracionais, desde que observados os prazos, as medidas socioeducativas e as particularidades do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse sentido é a Súmula nº 338 do Superior

Acesso ao Sumário

Tribunal de Justiça: *"A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas"*, conteúdo reproduzido pela Súmula nº 109 deste Tribunal de Justiça.

E, por força do artigo 110, § 1º, do Código Penal, após o trânsito em julgado para a acusação, a prescrição regula-se pela pena aplicada. Analogamente, nas ações socioeducativas, a prescrição é regulada pelo prazo da intervenção eleita na origem.

Como se sabe, a liberdade assistida é medida imposta por prazo indeterminado, em respeito ao previsto no artigo 118, § 2º, do ECA. A primeira consequência desta circunstância é que o cálculo prescricional, neste contexto, levará em conta o prazo máximo aplicado à internação, qual seja, de três anos. A segunda consequência é que, *ex vi* do artigo 109, IV, do Código Penal, o lapso prescricional, que seria originalmente de 08 anos, deve ser reduzido pela metade, após a aplicação da regra do artigo 115, chegando a um prazo prescricional real de 04 anos.

O interregno de quatro anos, por sua vez, não transcorreu nem mesmo entre a data dos fatos (...) e a do presente julgamento, o que, obviamente, significa que não correu entre quaisquer marcos interruptivos da prescrição (data dos fatos, recebimento da representação e publicação da sentença) nem entre o último evento e a presente data.

Outrossim, não há que se falar em perda de atualidade da medida socioeducativa apenas em mera decorrência do tempo decorrido desde a prática infracional até o presente. Isso porque o princípio da atualidade disciplina que a decisão deve ser tomada levando-se em conta as condições pessoais atuais do adolescente, de modo que o transcurso temporal é somente um dos fatores envolvidos. Assim sendo, ainda que a prática infracional esteja a dois anos de distância do presente julgamento, as condições pessoais do adolescente, que resiste à intervenção socioeducativa em meio aberto, revelam a necessidade do prosseguimento do acompanhamento estatal.

No mais, a decisão proferida, ao contrário do que asseverado, encontra-se devidamente fundamentada, pautada na ausência de ressocialização do paciente, *in verbis*: *"bem compulsados os autos, a justificativa prestada neste ato não convence. Com efeito, ao então adolescente foi imposta medida socioeducativa de liberdade assistida e, depois de ter sido mais de uma vez intimado à cumpri-la, o interessado quedou-se inerte. Observe-se, ademais, ter sido elaborado relatório técnico de fls 90/93. Desta feita, é patente o descumprimento reiterado e injustificado da medida que, portanto, é CONVERTIDA EM INTERNAÇÃO-SANÇÃO, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, ao final do qual a extinção da medida dependerá de reavaliação técnica favorável, sob pena de prosseguimento da internação-sanção até o prazo máximo legal, de 90 (noventa dias), com fundamento no art. 122, inciso III e § 2º, do ECA."* (fl. 118 da origem).

Conforme se extrai dos relatórios elaborados pela equipe técnica res-

Acesso ao Sumário

ponsável pelo acompanhamento do adolescente, seu comportamento se mostrou refratário ao cumprimento da medida imposta. Em relatório mais recente, destacou-se que *"não conseguimos sensibilizar N. para o início do ano letivo em 2024, ainda que tenhamos encaminhado o adolescente para matrícula na unidade escolar que oferta o Ensino para Jovens e Adultos (EJA) no bairro do Serraria, porém entendemos que o fator da distância possa ter contribuído para a não adesão ao encaminhamento. Sobre a profissionalização (...) como não está matriculado na escola e não comparece aos atendimentos, temos tido dificuldade de dar seguimento aos encaminhamentos (...). Não se trata também de dificuldade de acesso, pois o vale-transporte segue sendo fornecido sem interrupções que pudessem ocasionar a impossibilidade de comparecer a este Serviço (...).* ***Nesse sentido, entendemos o esgotamento de nossas possibilidades de sensibilização diante da incidência de inúmeras ausências injustificadas em atendimentos individuais (...) e em grupo (...), do não atendimento das solicitações e da falta de comprometimento com os encaminhamentos que constituem o PIA****"* (fls. 90/93 da origem – g.n.).

No mais, está presente o requisito previsto no art. 43, § 4º, II, da Lei nº 12.594/2012, pois o decreto de internação-sanção foi precedido de oitiva do socioeducando. Assim, é de rigor concluir que não houve ofensa ao princípio do contraditório, tampouco ao devido processo legal. Ao contrário, a decisão atacada está em consonância com o entendimento consagrado na Súmula 265 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Assim, a equipe técnica do SMSE/MA, apesar de não sugerir, de forma expressa, a internação-sanção, apontou diversos elementos que indicam a necessidade da imposição da medida. De tal modo, está justificada a sua decretação, que obedece aos ditames legais e baseia-se nos relatórios elaborados pelos técnicos do órgão de execução.

Ante o exposto, **DENEGA-SE** a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº 3006158-83.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é impetrado K.S.P.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 63539)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e CAMARGO ARA-

NHA FILHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 1º de agosto de 2024.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: HABEAS CORPUS. INFÂNCIA E JUVENTUDE. Execução de medida socioeducativa de liberdade assistida. Descumprimento reiterado e injustificado. Decretação da internação-sanção. Realização de audiência de justificação prévia. Falta de justificativa plausível do adolescente. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de habeas corpus impetrado pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO em favor de K.S.P., com pedido de medida na forma liminar, sob a alegação de que ele está sofrendo constrangimento ilegal por ato do MM. Juiz de Direito do Departamento de Execuções da Vara da Infância e Juventude desta Capital, em razão de decisão de fls. 176/179 dos autos de origem, que decretou internação-sanção ao paciente, pelo prazo de 45 dias.

Narra que o paciente é jovem adulto com 18 anos completos e recebeu a medida socioeducativa de liberdade assistida por ato infracional ocorrido em abril de 2022; que, noticiado o descumprimento, foi designada audiência de justificação em janeiro de 2023 e que, com a ausência do jovem, foi determinada a expedição de mandado de busca e apreensão. Cumprido o mandado de busca e apreensão, o jovem foi ouvido em juízo em 21 de junho de 2024, ocasião em que lhe foi imposta internação-sanção pelo prazo de 45 dias. Sustenta a desproporcionalidade da decisão, por violação aos princípios da atualidade e da excepcionalidade, haja vista que o ato infracional ocorreu há mais de dois anos, o paciente já alcançou a maioridade, e esta foi sua primeira oitiva em juízo. Ressalta a ausência de parecer técnico idôneo para internação-sanção e a possibilidade de advertência em juízo como alternativa antes de recorrer-se à internação sanção. Pleiteia a concessão de medida na forma liminar para que o paciente seja advertido e reconduzido à medida socioeducativa originária, ou, subsidiariamente, para que se reduza o prazo de internação-sanção, em observância ao princípio da excepcionalidade; no mérito, requer seja concedida a ordem para extinguir a execução ou, subsidiariamente, cassar a internação-sanção, confirmando a liminar para recondução das medidas socioeducativas originárias ou diminuição da duração da internação-sanção.

Indeferido o pedido de medida liminar (fls. 199/202), a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou- se pelo não conhecimento do *writ* ou, subsidia-

Acesso ao Sumário

riamente, pela denegação da ordem (fls. 210/220).

É O RELATÓRIO.

Como apontado no despacho de fls. 199/202, constata-se que a decisão atacada (fls. 176/179 da origem) está devidamente fundamentada, não se divisando, nos argumentos invocados, constrangimento ou ilegalidade.

No caso, foram aplicadas ao paciente a medida de liberdade em razão da prática de ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas (fls. 07/12 da origem). Conforme relatório informativo, mesmo após orientações e sensibilizações quanto à obrigatoriedade do cumprimento presencial da medida de liberdade assistida, o adolescente se evadiu do serviço, em 13 de janeiro de 2023 (fls. 46/48 da origem). Fora expedido mandado de intimação pessoal do educando e de seus pais para que retomasse o cumprimento da medida imposta (fl. 57 da origem). Às fls. 70/73 da origem, em relatório, fora sugerida nova intimação para que o adolescente retomasse o cumprimento da medida e fosse advertido quanto à resistência apresentada. Novo mandado de intimação expedido (fl. 82 da origem). Em relatório de fls. 89/92 da origem, o jovem informa que "não estava comparecendo porque não queria mais cumprir a medida", que não exerceu atividades laborativas desde o falecimento de sua progenitora e que não estava estudando. Novamente, em relatório datado de novembro de 2023, fora informado que o adolescente teria comparecido ao atendimento pela última vez em 11 de outubro daquele ano (fls. 115/117 da origem). Às fls. 128/129 da origem, tem-se a informação de que as tentativas de contato telefônico com o educando e seu genitor foram frustradas. Às fls. 132/133 da origem, entendeu o magistrado por designar audiência de justificação para o dia 22 de janeiro de 2024. Ausente o jovem, houve a determinação para expedir mandado de busca e apreensão (fls. 155/156 da origem). Cumprido o mandado, o paciente foi apresentado ao juízo em 21 de junho de 2024, oportunidade na qual o magistrado entendeu pela decretação da internação-sanção pelo prazo de 45 dias (fls. 176/179 da origem).

Verifica-se, que a decretação da internação-sanção se encontra justificada, haja vista o descumprimento, pelo paciente, da medida de liberdade assistida.

Constata-se que, antes da decretação da internação-sanção, o magistrado intimou o paciente pessoalmente por duas vezes para que cumprisse a medida socioeducativa originária regularmente e designou audiência de justificação para oitiva, tendo o adolescente se ausentado por duas vezes.

Assim, o magistrado de primeiro grau se atentou ao princípio da excepcionalidade da privação da liberdade do adolescente, com a sanção da sua conduta em não aderir ao quanto imposto pelo magistrado sentenciante.

Não está configurado, portanto, qualquer constrangimento ao paciente decorrente de ilegalidade ou abuso de poder.

Ante o exposto, **DENEGA-SE** a ordem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº 2180392-61.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente M.C.A.S.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 123.295)**

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, 1º de agosto de 2024.

BERETTA DA SILVEIRA, Vice-Presidente e Relator

Ementa: 'HABEAS CORPUS'. INFÂNCIA E JUVENTUDE. Execução de medida socioeducativa de semiliberdade. Fatos que datam de 2019. Medida que passou a ser descumprida. Determinação de renovação de mandado de busca e apreensão. Paciente que já atingiu a maioridade e inexistência de notícias de prática de novos atos infracionais. Pedido de encerramento da medida por ausência de atualidade. Esvaziamento do conteúdo pedagógico da medida pela perda da contemporaneidade. Ordem concedida.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor M.C.A.S. (d.n. (...)), com pedido de medida liminar, sob a alegação de que está sofrendo constrangimento ilegal por ato do MM. Juiz de Direito do Departamento de Execuções da Vara Especial da Infância e Juventude da Capital, em razão da decisão proferida às fls. 642/646 dos Autos nº (...), que indeferiu o pedido de extinção da medida socioeducativa e determinou a busca e apreensão do educando.

Sustenta que o paciente, jovem adulto que fará 21 anos de idade em (...), está em cumprimento das medidas socioeducativas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade, por conta de ato infracional ocorrido em dezembro de 2019. Aponta que *"não subsiste nenhuma razão para a manutenção da medida socioeducativa, já que ela deve ser norteada pelos princípios da*

Acesso ao Sumário

contemporaneidade e da atualidade, os quais apontam para sua extinção" (fl. 03). Defende que, desde o início do cumprimento das medidas, não há notícia de que o paciente tenha se envolvido em qualquer outro ato infracional. Aduz que é *"A manutenção de medida socioeducativa sem que estejam presentes os requisitos da contemporaneidade, da atualidade e da brevidade é forma arbitrária de constrangimento ilegal"* (fl. 05).

Pretende, assim, a concessão da medida liminar para expedir o contramandado até o julgamento final desse *habeas corpus*, e, ao final, o provimento do recurso, para que seja extinta a medida socioeducativa (fls. 01/07).

Deferida a medida liminar pleiteada (fls. 174/179), a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 188/192).

É O RELATÓRIO.

De rigor a concessão da ordem.

Como já relatado na decisão preliminar, o paciente efetivamente iniciou o cumprimento da medida em setembro de 2020 (fls. 81/84 da origem). Porém, em dezembro de 2020, no primeiro Relatório Informativo após a homologação do PIA, relatou-se resistência ao cumprimento da medida socioeducativa (fls. 118/121 da origem), conduta reafirmada pelo educando no relatório seguinte (fls. 136/138 da origem), razão pela qual foi determinada a elaboração de relatório pormenorizado e, após a resposta da equipe de referência, foi oficiado ao SMSE/MA para a advertência do jovem para retomada do cumprimento das medidas (fl. 219 da origem).

Ocorre que, em janeiro de 2022, foi novamente noticiada a resistência à continuidade das medidas (fls. 280/281 da origem). Diante desse quadro, foi designada audiência de justificação (fl. 302 da origem), na qual foi, então, decretada a internação-sanção, pelo prazo de 4 (quatro) dias (fls. 321/324 da origem). Após o término da sanção, foi apresentado, em setembro de 2022, Relatório de Encerramento da medida de liberdade assistida, embora o paciente tenha tido oscilações no curso do processo socioeducativo. Contudo, em audiência, o Juízo da Execução, considerando o descumprimento reiterado e injusto, houve por bem decretar nova internação-sanção, pelo prazo de 60 (sessenta) dias (fls. 433/438 da origem), cujo término ocorreu em 03/02/2023.

O educando, então, foi reconduzido ao cumprimento das medidas de liberdade assistida e de prestação de serviços à comunidade, às quais não aderiu satisfatoriamente (Relatório Informativo – fls. 518/536 da origem). Dessa forma, em audiência de reavaliação, determinou-se a expedição de mandado de busca e apreensão (fls. 565/569 da origem), renovado em ocasião subsequente (fls. 642/646 da origem).

E é justamente contra a decisão que determinou a renovação do mandado que se insurge a combativa Defensoria Pública.

E com razão.

Acesso ao Sumário

Conforme consignado na decisão liminar, os fatos datam de dezembro de 2019 e não existe notícia de novo envolvimento do hoje jovem-adulto com prática de atos infracionais ou crimes, após o atingimento da maioridade.

Registra-se, ainda, que, mesmo com alguma resistência, o adolescente cumpre medida socioeducativa há quase quatro anos – inclusive permaneceu em dois períodos na Fundação Casa – e, desde então, praticamente não saiu da esfera do SMSE/MA, que inclusive já havia opinado no sentido do encerramento das medidas.

Não se ignora, de outra banda, que o ato infracional praticado é extremamente reprovável, todavia, conforme dispõe o artigo 42, § 2º, da Lei 12.597/2012, a gravidade do ato infracional não é, por si só, elemento que justifique a submissão de infratores a medidas socioeducativas mais gravosas, sendo mister a análise das circunstâncias particulares do caso concreto.

E, a despeito da extrema gravidade da conduta perpetrada pelo paciente, não se pode perder de vista a vocação ressocializadora da legislação menorista, em homenagem ao princípio da proteção integral.

Como já dito, os atos foram praticados em dezembro de 2019, tendo o paciente – primário e sem nenhum registro posterior de que se tem notícia – permanecido afastado do meio delinquencial, não se justificando, a esta altura, a privação de liberdade com o intuito da reeducação, o que, ao nosso sentir, significaria a prevalência do aspecto sancionador-aflitivo da intervenção socioeducativa.

Assim sendo, levando-se em consideração também os princípios da atualidade, da intervenção precoce e da mínima intervenção, a concessão da ordem desponta como melhor solução ao caso concreto, malgrado tenha sido praticado, como dito e redito, ato infracional extremamente reprovável.

Ora, a medida socioeducativa visa a recuperar o jovem em conflito com a lei para que, efetivamente, conviva em sociedade de forma pacífica, saudável e harmônica.

Não se ignora que o hoje jovem-adulto está em franco descumprimento da medida imposta, contudo a sua não adesão à intervenção não implica conclusão de ausência de ressocialização.

Ao contrário, não sobreveio notícia de que o paciente – que já conta com 20 anos de idade e completará 21 em menos de dois meses – tenha se envolvido em outros atos infracionais ou crimes.

A medida está, a princípio, desprovida de conteúdo pedagógico, de modo que não se justifica a excepcional aplicação das medidas socioeducativas a jovens que já atingiram a maioridade como o paciente.

Ressalta-se que o princípio da atualidade, insculpido no art. 100, parágrafo único, inciso VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê que a intervenção estatal deverá levar em conta a situação do educando no momento

Acesso ao Sumário

da decisão a ser tomada.

A respeito da perda da atualidade, segue precedente do Col. STJ: *"ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE FURTO QUALIFICADO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ATUALIDADE, EM RAZÃO DO TRANSCURSO DE MAIS DE 2 (DOIS) ANOS DA PRÁTICA DO ATO INFRACIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. Em se tratando de ato infracional análogo a furto qualificado, é possível a aplicação de medida socioeducativa de liberdade assistida, tendo em vista o expresso permissivo constante do inciso 112, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. Não obstante, há que ser reconhecida a ausência de atualidade da medida, pois aplicada sem a baliza da necessidade e da adequação, em consonância com seus fins pedagógicos, tendo em vista o transcurso do tempo – mais 2 (dois) anos – desde a data do fato, e mais de 1 ano após a sentença absolutória, devendo ser revogada a liberdade assistida. 3. Habeas corpus concedido para revogar a medida de liberdade assistida."* (STJ 6ª T. *Habeas Corpus* 447.600/SP Rel. Min. **Nefi Cordeiro** j. em 16.10.2018, DJe em 05.11.2018 V.U.).

No mesmo sentido, esta Câmara Especial já decidiu recentemente: *"HABEAS CORPUS – Execução das medidas socioeducativas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade – Ato infracional equiparado a roubo majorado (art. 157, § 2º, II e § 2º-A, I do CP) – Decisão que indeferiu o pedido defensivo de extinção da execução e determinou a renovação do mandado de busca e apreensão, para apresentação perante o Juízo do DEIJ com intuito de se proceder a oitiva do adolescente, a fim de justificar o descumprimento das medidas – Particularidades do caso que apontam a possibilidade de extinção da medida – Fatos ocorridos em maio de 2020 – Descumprimento desde fevereiro de 2022 – Paciente primário à época da sentença – Inexistência de novos atos infracionais – Ausência de atualidade da medida socioeducativa – Incidência dos princípios da mínima intervenção, brevidade e atualidade (incisos V e VII do artigo 35 da Lei do SINASE) – Ordem concedida para determinar a extinção das medidas em curso na origem."* (TJSP; *Habeas Corpus* Cível 3002184-38.2024.8.26.0000; Relator: **Torres de Carvalho** (Pres. Seção de Direito Público); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Especial da Infância e Juventude - DEIJ - Depto de Execuções da Vara Esp. Inf. Juv.; Data do Julgamento: 12/04/2024; Data de Registro: 12/04/2024)

Logo, considerando o tempo decorrido desde a prática infracional, bem como o fato de que não há notícias de novo envolvimento com atos de natureza delituosa, é caso de se determinar o encerramento das medidas socioeducativas, em prestígio aos princípios da atualidade e da contemporaneidade.

Ademais, segundo o inciso V do art. 35 da Lei do SINASE, as medidas

socioeducativas devem reger-se pelo princípio da brevidade em resposta ao ato cometido.

Nesse sentido já decidiu esta E. Câmara Especial:

"Habeas Corpus. Infância e juventude. Execução de medida socioeducativa de liberdade assistida. Ato infracional equiparado a tráfico de entorpecentes praticado em agosto de 2018. Ausência de início de cumprimento da medida. Comparecimento espontâneo da adolescente em janeiro de 2022. Atualidade e necessidade da medida que se perderam com o tempo. Decurso de mais de três anos desde o cometimento do ato infracional sem notícia de reiteração. Comparecimento ao SMSE/MA regularmente. Relatório favorável ao encerramento da medida. Concordância do Ministério Público em primeira instância. Inviabilidade do prosseguimento da execução da medida em meio aberto. Incidência dos princípios da mínima intervenção, brevidade e atualidade (incisos VII e VIII do artigo 100 do ECA). Necessidade de decretação da extinção. Ordem concedida para o fim de extinguir a execução da medida socioeducativa de liberdade assistida." (TJSP Câmara Especial Habeas Corpus Cível nº 2024563-58.2022.8.26.0000 Rel. Des. **Francisco Bruno** [Pres. da Seção de Direito Criminal] j. em 21.03.2022, DJe em 21.03.2022 V.U.).

"HABEAS CORPUS – Execução de medida socioeducativa de liberdade assistida – Ato infracional datado de outubro de 2018 – Descumprimento da medida em data muito posterior ao início de sua implementação e em virtude de sucessivas alterações de domicílio do paciente – Decisão que determinou a expedição de mandado de busca e apreensão para apresentação da paciente em Juízo – Inviabilidade do prosseguimento da execução da medida em meio aberto – Incidência dos princípios da mínima intervenção, brevidade e atualidade (incisos V e VII do artigo 35 da Lei do SINASE) – Inexistência da prática de novos atos infracionais – Ordem concedida para o fim de extinguir a execução da medida socioeducativa de liberdade assistida com a ratificação da liminar." (TJSP Câmara Especial Habeas Corpus Cível nº 2285020-09.2021.8.26.0000 Rel. Des. **Wanderley José Federighi** [Pres. da Seção de Direito Público] j. em 25.02.2022, DJe em 02.03.2022 V.M.).

Enfim, necessário observar que a função primordial da medida socioeducativa não é punir o educando, mas sim retirá-lo da situação de risco em que se encontra e incluí-lo em processo de educação e ressocialização, a fim de torná-lo apto ao convívio social e de capacitá-lo para que tenha a oportunidade de adentrar no mercado de trabalho, tornando-se produtivo e vivendo uma vida melhor.

Ante o exposto, **CONCEDE-SE** a ordem, para extinguir a execução das medidas socioeducativas aplicadas ao paciente.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 2020318-33.2024.8.26.0000/50001, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante ROSALDO DE OLIVEIRA RIBEIRO, é agravada COLENDA CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.530)**

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, 1º de julho de 2024.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DO RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NÃO CONHECEU DO HABEAS CORPUS. ERRO GROSSEIRO. CABIMENTO DE AGRAVO REGIMENTAL, NOS TERMOS DO ARTIGO 253 DO REGIMENTO INTERNO DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO PROVIMENTO.
Contra decisão monocrática há previsão expressa do recurso cabível, qual seja, o agravo regimental, nos termos do artigo 253 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo. Escorreita a decisão.
AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão monocrática de fls. 109/111, da Presidência da Seção de Direito Criminal, que, em razão de erro grosseiro cometido pela Defesa, não conheceu do recurso ordinário (fls. 47/56),

Acesso ao Sumário

intentado contra a decisão monocrática que não conheceu do *habeas corpus* (fls. 38/41).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 134/137.

É o relatório.

Conheço do presente agravo regimental, nos termos do artigo 33-A, § 2º, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal, não merecendo, contudo, provimento.

Busca a Defesa, em síntese, a reforma da decisão ora agravada. Reitera argumentos aventados em recursos anteriores onde pleiteou a anulação da condenação e a absolvição do ora agravante (fls. 112/124).

A análise da argumentação defensiva não permite verificar a existência de qualquer eiva no *decisum* monocrático agravado apta a alterar seu deslinde.

Compulsados os autos, constato que contra a decisão monocrática que não conheceu do *habeas corpus* (fls. 38/41), houve a interposição de recurso ordinário (fls. 47/56).

Conforme constou do *decisum* ora agravado, para tal hipótese há previsão expressa do recurso cabível, qual seja, agravo regimental, nos termos do artigo 253 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.

Aliás, conforme o disposto no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal[1], o recurso ordinário pressupõe decisão denegatória em *habeas corpus* em única instância pelos Tribunais Superiores, o que não é o caso dos autos, em que foi proferida decisão monocrática de não conhecimento da ordem.

Assim, a clareza da disciplina legislativa demonstra ser impossível alterar a decisão monocrática agravada para o processamento do reclamo inadequado, uma vez que se trata de erro inescusável no manejo recursal, de forma que a existência de disposição expressa sobre o recurso cabível afasta a aplicação do princípio da fungibilidade.

Outrossim, anoto que o erro grosseiro, assim como a má-fé, constitui óbice à aplicação do princípio da fungibilidade e, portanto, do artigo 579 do Código de Processo Penal, para a admissão de recurso interposto equivocadamente. Nesse sentido, já se manifestaram os Tribunais Superiores:

> *(...) O princípio da fungibilidade recursal aplica-se quando um recurso inadequado pode ser recebido como aquele legalmente previsto, pois há controvérsia, na doutrina ou na jurisprudência, sobre o recurso próprio para impugnar a decisão judicial e o comportamento processual do recorrente não configure erro grosseiro ou má-fé (...)*[2] *e A orientação sedimentada nesta Corte admite a fungibilidade recursal, a teor do art. 579 do CPP, quando, além de observado o prazo do recurso que se pretende*

1 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) II – julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (...).

2 Pet 7351, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 08/11/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-260 DIVULG 14/11/2017 PUBLIC 16/11/2017.

Acesso ao Sumário

reconhecer, não fica configurada a má-fé ou a prática de erro grosseiro.[3]

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0137862-10.2007.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, sendo agravante OSVALDO DE OLIVEIRA ROSA e agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº AR-1515-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, 4 de julho de 2024.

TORRES DE CARVALHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO. Decisão monocrática que negou seguimento a recurso extraordinário.
– A matéria referente à promoção de policiais militares ao grau hierarquicamente superior quando transferidos para a reserva remunerada é idêntica à examinada pela Suprema Corte no leading case ARE n. 717.898 – Tema n. 687/STF, no qual se assentou a natureza infraconstitucional da questão.
– Determinação expressa do E. STF para aplicação do tema 687/STF ao caso em análise.
Nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto com fundamento no artigo 1.021 do Código de Processo Civil (fls. 01/06 – 50000), contra decisão que negou seguimento (art. 1.030, inciso I, alíneas 'b' e 'a' c.c. art. 1035, § 8º, do Código de

3 Ag. Reg no HC 662.264/RS, Rel. Min. JESUÍNO RISSATO, QUINTA TURMA, J. 17/08/2021, DJe 24/08/2021.

Processo Civil) a recurso extraordinário por reconhecida identidade da matéria com orientação firmada pela Suprema Corte nos autos do ARE n. 717.898 – Tema 687/STF.

Alegou o agravante, em síntese, que a decisão recorrida carece de fundamentação, em violação ao artigo 489, § 1º, inciso V, do Código de Processo Civil. Sustentou, ainda, a inaplicabilidade do paradigma, defendendo que faz jus ao recebimento dos proventos integrais de aposentadoria relativos à graduação de Soldado PM.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Não vinga a alegação de nulidade da decisão agravada que, por ser concisa, não traduziu falta de fundamentação, na medida em que prolatada em observância ao artigo 1.030, do Código de Processo Civil.

Uma vez apreciada pelas Cortes Superiores a controvérsia constitucional submetida à sistemática da repercussão geral (seja para manifestar-se sobre a existência de repercussão geral da matéria, seja para examinar o próprio mérito da demanda), incumbe ao Presidente (ou ao Vice-Presidente) do Tribunal recorrido, com fundamento nos poderes processuais de que se acha investido (CPC, art. 1.030, I a III), ou ao órgão colegiado competente do Tribunal de origem (CPC, art. 1.030, § 2º), proceder à análise individualizada, em cada caso, em torno da pertinência e da compatibilidade entre a pretensão recursal veiculada no apelo extremo e a tese de repercussão geral fixada na matéria pelas Cortes Superiores.

Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello, quando do exame da Reclamação nº 33047/RN, em 7 de fevereiro de 2019, pontuou:

> Impõe-se reconhecer, no entanto, que o novo estatuto processual civil (CPC/15) – à semelhança do que já ocorria na vigência do CPC/73 – outorgou ao Presidente (ou Vice-Presidente) do Tribunal de origem competência para negar seguimento aos recursos extraordinários (a) que discutam questões em relação às quais o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou (b) que tenham sido interpostos contra acórdãos que estejam em conformidade com a tese fixada em repercussão geral (CPC, art. 1.030, I, "a" e "b"), ou, ainda, para determinar o sobrestamento daquelas impugnações recursais que versem sobre litígio de caráter repetitivo ainda não decidido pelo Supremo Tribunal Federal (CPC, art. 1.030, III).

Dessa forma, prolatada conforme os limites do juízo de admissibilidade recursal, a decisão agravada não está eivada de nulidade cuja análise consistiu na adequação do tema aplicado ao caso concreto.

Ressalte-se ainda que a aplicação dos Temas 687/STF ao caso em análise se deu por determinação expressa do E. Supremo Tribunal Federal, como se vê da decisão do Col. Supremo Tribunal Federal de fls. 318/320.

Acesso ao Sumário

Foi em cumprimento à determinação acima referida e ao artigo 1.030, inciso I, alíneas 'b' e 'a' c.c. art. 1035, § 8º, do Código de Processo Civil, que a decisão agravada considerou que o v. acórdão da Turma Julgadora converge com o decidido no ARE n. 717.898 (Tema 687) do Col. Supremo Tribunal Federal, quando se fixou a seguinte tese:

> 687: A questão da possibilidade de os militares fazerem jus aos proventos da classe hierarquicamente superior na carreira ao se transferirem para a inatividade tem natureza infraconstitucional, e a ela se atribuem os efeitos da ausência de repercussão geral, nos termos do precedente fixado no RE n. 584.608, rel. a Ministra Ellen Gracie, DJe 13/03/2009.

Não há como proceder à modificação do decidido, pois a decisão da C. Turma Julgadora é **soberana** em razão da ausência de repercussão geral do Tema 687.

A propósito, veja-se trecho do v. Acórdão da Col. Turma Julgadora que demonstra a subsunção da matéria em análise ao tema indicado:

> O recurso não deve ser provido. O próprio apelante reconhece que trabalhou por apenas 26 anos, passando então à inatividade por ter atingido a idade limite de 52 anos, prevista no Decreto-Lei nº 260/70. Nessa esteira, escorreito o pagamento dos proventos à razão de 26/30 (vinte e seis trinta avos), proporcional ao tempo de serviço prestado. Se é verdade que o apelante contribui para o regime previdenciário em quinhão idêntico ao dos militares que passarão à inatividade com proventos integrais, não menos verdadeiro que esses policiais, além da contribuição previdenciária, prestarão serviços à Administração Pública pelo prazo de 30 anos exigido pela legislação.
>
> No que toca ao pedido de promoção à graduação imediatamente superior, sedimentado nesta Corte o entendimento de que somente faz jus ao benefício o policial militar que contar com o mínimo de 30 anos de efetivo exercício. Assim, no caso em apreço, sendo incontroverso que o autor trabalhou somente pelo período de 26 anos, inviável o acolhimento da pretensão, razão pela qual deve ser mantida integralmente a sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos. (fls. 117)

Não há, portanto, como proceder à modificação do decidido, porque em perfeita harmonia com o Tema 687/STF, em razão da ausência de repercussão geral.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir à agravante a multa da qual se ocupa o art. 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, **nega-se provimento** ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 2020318-33.2024.8.26.0000/50001, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante ROSALDO DE OLIVEIRA RIBEIRO, é agravada COLENDA CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.530)**

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, 1º de julho de 2024.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DO RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NÃO CONHECEU DO HABEAS CORPUS. ERRO GROSSEIRO. CABIMENTO DE AGRAVO REGIMENTAL, NOS TERMOS DO ARTIGO 253 DO REGIMENTO INTERNO DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO PROVIMENTO.
Contra decisão monocrática há previsão expressa do recurso cabível, qual seja, o agravo regimental, nos termos do artigo 253 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo. Escorreita a decisão.
AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão monocrática de fls. 109/111, da Presidência da Seção de Direito Criminal, que, em razão de erro grosseiro cometido pela Defesa, não conheceu do recurso ordinário (fls. 47/56), intentado contra a decisão monocrática que não conheceu do *habeas corpus* (fls. 38/41).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 134/137.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Conheço do presente agravo regimental, nos termos do artigo 33-A, § 2º, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal, não merecendo, contudo, provimento.

Busca a Defesa, em síntese, a reforma da decisão ora agravada. Reitera argumentos aventados em recursos anteriores onde pleiteou a anulação da condenação e a absolvição do ora agravante (fls. 112/124).

A análise da argumentação defensiva não permite verificar a existência de qualquer eiva no *decisum* monocrático agravado apta a alterar seu deslinde.

Compulsados os autos, constato que contra a decisão monocrática que não conheceu do *habeas corpus* (fls. 38/41), houve a interposição de recurso ordinário (fls. 47/56).

Conforme constou do *decisum* ora agravado, para tal hipótese há previsão expressa do recurso cabível, qual seja, agravo regimental, nos termos do artigo 253 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.

Aliás, conforme o disposto no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal[1], o recurso ordinário pressupõe decisão denegatória em *habeas corpus* em única instância pelos Tribunais Superiores, o que não é o caso dos autos, em que foi proferida decisão monocrática de não conhecimento da ordem.

Assim, a clareza da disciplina legislativa demonstra ser impossível alterar a decisão monocrática agravada para o processamento do reclamo inadequado, uma vez que se trata de erro inescusável no manejo recursal, de forma que a existência de disposição expressa sobre o recurso cabível afasta a aplicação do princípio da fungibilidade.

Outrossim, anoto que o erro grosseiro, assim como a má-fé, constitui óbice à aplicação do princípio da fungibilidade e, portanto, do artigo 579 do Código de Processo Penal, para a admissão de recurso interposto equivocadamente. Nesse sentido, já se manifestaram os Tribunais Superiores:

> *(...) O princípio da fungibilidade recursal aplica-se quando um recurso inadequado pode ser recebido como aquele legalmente previsto, pois há controvérsia, na doutrina ou na jurisprudência, sobre o recurso próprio para impugnar a decisão judicial e o comportamento processual do recorrente não configure erro grosseiro ou má-fé (...)*[2] *e A orientação sedimentada nesta Corte admite a fungibilidade recursal, a teor do art. 579 do CPP, quando, além de observado o prazo do recurso que se pretende reconhecer, não fica configurada a má-fé ou a prática de erro grosseiro.*[3]

Acesso ao Sumário

1 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) II – julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (...).

2 Pet 7351, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 08/11/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-260 DIVULG 14/11/2017 PUBLIC 16/11/2017.

3 Ag. Reg no HC 662.264/RS, Rel. Min. JESUÍNO RISSATO, QUINTA TURMA, J. 17/08/2021, DJe 24/08/2021.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0137862-10.2007.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, sendo agravante OSVALDO DE OLIVEIRA ROSA e agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº AR-1515-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, 4 de julho de 2024.

TORRES DE CARVALHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO. Decisão monocrática que negou seguimento a recurso extraordinário.
– A matéria referente à promoção de policiais militares ao grau hierarquicamente superior quando transferidos para a reserva remunerada é idêntica à examinada pela Suprema Corte no leading case ARE n. 717.898 – Tema n. 687/STF, no qual se assentou a natureza infraconstitucional da questão.
– Determinação expressa do E. STF para aplicação do tema 687/STF ao caso em análise.
Nega-se provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto com fundamento no artigo 1.021 do Código de Processo Civil (fls. 01/06 – 50000), contra decisão que negou seguimento (art. 1.030, inciso I, alíneas 'b' e 'a' c.c. art. 1035, § 8º, do Código de Processo Civil) a recurso extraordinário por reconhecida identidade da matéria com orientação firmada pela Suprema Corte nos autos do ARE n. 717.898 –

Acesso ao Sumário

Tema 687/STF.

Alegou o agravante, em síntese, que a decisão recorrida carece de fundamentação, em violação ao artigo 489, § 1º, inciso V, do Código de Processo Civil. Sustentou, ainda, a inaplicabilidade do paradigma, defendendo que faz jus ao recebimento dos proventos integrais de aposentadoria relativos à graduação de Soldado PM.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Não vinga a alegação de nulidade da decisão agravada que, por ser concisa, não traduziu falta de fundamentação, na medida em que prolatada em observância ao artigo 1.030, do Código de Processo Civil.

Uma vez apreciada pelas Cortes Superiores a controvérsia constitucional submetida à sistemática da repercussão geral (seja para manifestar-se sobre a existência de repercussão geral da matéria, seja para examinar o próprio mérito da demanda), incumbe ao Presidente (ou ao Vice-Presidente) do Tribunal recorrido, com fundamento nos poderes processuais de que se acha investido (CPC, art. 1.030, I a III), ou ao órgão colegiado competente do Tribunal de origem (CPC, art. 1.030, § 2º), proceder à análise individualizada, em cada caso, em torno da pertinência e da compatibilidade entre a pretensão recursal veiculada no apelo extremo e a tese de repercussão geral fixada na matéria pelas Cortes Superiores.

Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello, quando do exame da Reclamação nº 33047/RN, em 7 de fevereiro de 2019, pontuou:

> Impõe-se reconhecer, no entanto, que o novo estatuto processual civil (CPC/15) – à semelhança do que já ocorria na vigência do CPC/73 – outorgou ao Presidente (ou Vice-Presidente) do Tribunal de origem competência para negar seguimento aos recursos extraordinários (a) que discutam questões em relação às quais o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou (b) que tenham sido interpostos contra acórdãos que estejam em conformidade com a tese fixada em repercussão geral (CPC, art. 1.030, I, "a" e "b"), ou, ainda, para determinar o sobrestamento daquelas impugnações recursais que versem sobre litígio de caráter repetitivo ainda não decidido pelo Supremo Tribunal Federal (CPC, art. 1.030, III).

Dessa forma, prolatada conforme os limites do juízo de admissibilidade recursal, a decisão agravada não está eivada de nulidade cuja análise consistiu na adequação do tema aplicado ao caso concreto.

Ressalte-se ainda que a aplicação dos Temas 687/STF ao caso em análise se deu por determinação expressa do E. Supremo Tribunal Federal, como se vê da decisão do Col. Supremo Tribunal Federal de fls. 318/320.

Foi em cumprimento à determinação acima referida e ao artigo 1.030, inciso I, alíneas 'b' e 'a' c.c. art. 1035, § 8º, do Código de Processo Civil, que

Acesso ao Sumário

a decisão agravada considerou que o v. acórdão da Turma Julgadora converge com o decidido no ARE n. 717.898 (Tema 687) do Col. Supremo Tribunal Federal, quando se fixou a seguinte tese:

> 687: A questão da possibilidade de os militares fazerem jus aos proventos da classe hierarquicamente superior na carreira ao se transferirem para a inatividade tem natureza infraconstitucional, e a ela se atribuem os efeitos da ausência de repercussão geral, nos termos do precedente fixado no RE n. 584.608, rel. a Ministra Ellen Gracie, DJe 13/03/2009.

Não há como proceder à modificação do decidido, pois a decisão da C. Turma Julgadora é **soberana** em razão da ausência de repercussão geral do Tema 687.

A propósito, veja-se trecho do v. Acórdão da Col. Turma Julgadora que demonstra a subsunção da matéria em análise ao tema indicado:

> O recurso não deve ser provido. O próprio apelante reconhece que trabalhou por apenas 26 anos, passando então à inatividade por ter atingido a idade limite de 52 anos, prevista no Decreto-Lei nº 260/70. Nessa esteira, escorreito o pagamento dos proventos à razão de 26/30 (vinte e seis trinta avos), proporcional ao tempo de serviço prestado. Se é verdade que o apelante contribui para o regime previdenciário em quinhão idêntico ao dos militares que passarão à inatividade com proventos integrais, não menos verdadeiro que esses policiais, além da contribuição previdenciária, prestarão serviços à Administração Pública pelo prazo de 30 anos exigido pela legislação.
>
> No que toca ao pedido de promoção à graduação imediatamente superior, sedimentado nesta Corte o entendimento de que somente faz jus ao benefício o policial militar que contar com o mínimo de 30 anos de efetivo exercício. Assim, no caso em apreço, sendo incontroverso que o autor trabalhou somente pelo período de 26 anos, inviável o acolhimento da pretensão, razão pela qual deve ser mantida integralmente a sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos. (fls. 117)

Não há, portanto, como proceder à modificação do decidido, porque em perfeita harmonia com o Tema 687/STF, em razão da ausência de repercussão geral.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir à agravante a multa da qual se ocupa o art. 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, **nega-se provimento** ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 0030757-11.2022.8.26.0000/50000, da Comarca de Capão Bonito, em que é

Acesso ao Sumário

agravante M.P.L.F., é agravado (...) (JUIZ DE DIREITO).

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 123.231)**

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 DAMIÃO COGAN (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 17 de julho de 2024.

BERETTA DA SILVEIRA, Vice-Presidente e Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. Violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa (Agravo em Recurso Extraordinário nº 748.371/MS – tema 660). V. Acórdão firmado em consonância com o decidido no E. STF no tema 660. Decisão mantida.
RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por M.P.L.F. contra a decisão que, em exceção de suspeição, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Extraordinário**, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida pelo E. Supremo Tribunal Federal no Agravo em Recurso Extraordinário nº 748.371/MS (tema 660). Alega que "*há sim repercussão geral*", "*por não se tratar o apelo extremo de alegação de ofensa ao contraditório e à ampla defesa, mas sim de grave violação ao princípio da imparcialidade judicial*", devendo, assim, ser dado regular seguimento ao Recurso Extraordinário interposto, sendo remetido ao Supremo Tribunal Federal para julgamento.

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,

Acesso ao Sumário

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, julgando sob o Regime de Repercussão Geral o ARE nº 748.371/MS, Tema nº 660, o Colendo Supremo Tribunal Federal pronunciou-se no sentido de que: "*A questão da ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e dos limites à coisa julgada, tem natureza infraconstitucional, e a ela se atribuem os efeitos da ausência de repercussão geral, nos termos do precedente fixado no RE n. 584.608, rel. a Ministra Ellen Gracie, DJe 13/03/2009.*"

Nesse contexto, verifica-se que a r. decisão recorrida está de acordo com a aludida orientação firmada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, pois, diante da inexistência de repercussão geral da questão constitucional tratada no recurso extraordinário, fica, de fato, impossibilitado o seguimento do recurso extremo.

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 interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1000869-40.2022.8.26.0562/50000, da Comarca de Santos, em que é agravante U. DE S. – C. DE T. M., é agravada J. P. P. N. DE B.

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 61333)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), CAMARGO ARANHA FILHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) e TORRES DE CARVALHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 15 de julho de 2024.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

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. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de **Agravo Interno Cível** interposto por U. de S. – C. de T. M. 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 que a decisão recorrida é nula por ausência de fundamentação necessária, em ofensa ao art. 489, III do CPC. Aduz que é lícita a recusa ao custeio de cirurgia de caráter estético. Pontua a violação ao art. 10, II, da Lei 9.656/98.

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*

Acesso ao Sumário

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. 411/412.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 323/330) 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: "*Referidos procedimentos, ante o quadro apresentado, possuem natureza eminentemente reparadora e não estética (conforme claramente indica o mesmo relatório médico). Aliás, quanto à obesidade mórbida (que levou a autora a ser submetida a cirurgia bariátrica), trata-se de doença reconhecida, cujo tratamento cirúrgico consta da Tabela do SUS e da Lista de Procedimentos Médicos da AMB. Quando na evolução pós-operatória ocorre grande perda de peso (hipótese dos autos), deflui flacidez de pele, dentre outras intercorrências, caso em que os procedimentos em questão se fazem necessários como cirurgias de natureza reparadora, para a melhoria da qualidade de vida da paciente, sendo exatamente a hipótese dos autos, conforme se verifica do relatório médico antes 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. (...) Fica, aqui, assinalado, acerca da desnecessidade da instauração de junta médica ou mesmo prova pericial, justamente diante da clareza do já mencionado relatório médico acerca da natureza reparadora das cirurgias indicadas à apelada. Igualmente descabida a justificativa da ré e acolhida pela r. sentença, ao negar a cobertura de tais procedimentos, sob o argumento de que não estariam previstos 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. 326 e 328/329).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

De resto, as razões do recurso envolvendo a alegada violação ao art. 489, III do CPC e ofensa ao art. 10, II, da Lei 9.656/98 quanto à 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*

Acesso ao Sumário

pode ser apreciada." (AREsp nº 2043258/MG, Rel. Min. **Raul Araújo**, DJe de 31.3.2022, g.n.). No mesmo sentido: AgInt no AREsp nº 1929387/SP, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, Terceira Turma, DJe de 17.8.2022; AgInt no AREsp nº 2036404/SP, Rel. Min. **Raul Araújo**, Quarta Turma, DJe de 8.6.2022; AgInt no AREsp nº 1932969/PR, Rel. Min. **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.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1110455-40.2022.8.26.0100/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CREFISA S/A, é agravada ADRIANA DOS SANTOS.

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 54916)**

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, 2 de agosto de 2024.

ADEMIR BENEDITO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. JUROS REMUNERATÓRIOS. Possibilidade, em qualquer hipótese, de correção para taxa média se verificada abusividade (temas 27 e 234). 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 Crefisa S/A contra decisão que, em demanda revisional de contrato bancário, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Especial**, pois o V. Acórdão recorrido observou as orientações estabelecidas no E. Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.112.879/PR e nº 1.112.880/PR, julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Alega que a utilização da taxa média de mercado não pode ser adotada de forma simplista como limite para a cobrança de juros, sendo necessário que reste cabalmente demonstrada a abusividade em desfavor do consumidor, conforme as particularidades do caso concreto.

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 nº 1.112.879/PR e nº 1.112.880/PR, sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que, se for verificada a abusividade nos juros remuneratórios contratados, é possível a aplicação da taxa média de mercado, divulgada pelo Bacen. Confira-se a fls. 251/252.

Acrescente-se que a E. Corte Superior, ao julgar o Recurso Especial nº 1.061.530/RS, também sob o regime dos recursos repetitivos, concluiu que a revisão das taxas de juros remuneratórios é admitida apenas em situações excepcionais, condicionada à caracterização da relação de consumo e à demonstração da abusividade ante as peculiaridades do julgamento em concreto (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada. art. 51, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor).

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 205/215) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela necessidade de adotar a taxa média de juros do Banco Central ao constatar, no caso concreto, a abusividade da taxa de juros remuneratórios contratada.

Confira-se trecho do V. Acórdão: "*Na hipótese vertente, como constou da*

Acesso ao Sumário

r. sentença, ficou demonstrado que a taxa de juros média praticada para a operação contratada, à época em que celebrado o negócio jurídico, era de 5,27% a.m. e 85,28% a.a. (fls. 142); ao passo que a taxa estipulada no contrato foi 18,00% a.m. e 628,76% a.a. (fls. 30). Assim, evidente a abusividade dos juros praticados pelo agente financeiro, os quais devem ser limitados à taxa média de mercado; sendo certo que não há elemento de convicção algum que indique a existência de equívoco na metodologia adotada pelo Bacen, autarquia setorial responsável pela regulação da atividade financeira. A alegação genérica de que se trata de empréstimos de 'alto risco' não comporta acolhimento, pois, para além de consistir em avaliação subjetiva da instituição financeira, é desprovida de lastro fático e não justifica a cobrança de juros remuneratórios em patamares consideravelmente discrepantes em relação ao mercado" (fls. 211/212, g.n.).

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 1002142-16.2021.8.26.0004/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SUL AMÉRICA CIA. DE SEGURO SAÚDE, são agravados N.G.P.S. e M.A.G.

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 61384)**

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, 2 de agosto de 2024.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE INDIVIDUAL OU FAMILIAR. REAJUSTE DE MENSALIDADE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. Possibilidade, desde que prevista em contrato, com observância das

normas da ANS. Vedação à aplicação de percentuais abusivos ou aleatórios estabelecidos sem cálculos atuariais idôneos, onerando demasiadamente o consumidor ou discriminando o idoso (tema 952). 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 Sul América Cia. de Seguro Saúde contra decisão que, em demanda declaratória cumulada com repetição de indébito, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Especial**, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabelecida no E. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.568.244/RJ, julgado sob o regime dos recursos repetitivos. Alega a nulidade da decisão recorrida, proferida de forma monocrática, postulando a inclusão do recurso em sessão de julgamento, a fim de garantir ao agravante o direito ao exercício de ampla defesa. Assinala a licitude da aplicação dos reajustes etários, diante do cumprimento das normas regulamentares e da idoneidade do percentual aplicado.

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 o paradigma apontado na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.568.244/RJ, sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que, "*para evitar abusividades (Súmula nº 469/STJ) nos reajustes das contraprestações pecuniárias dos planos de saúde, alguns parâmetros devem ser observados, tais como (i) a expressa previsão contratual; (ii) não serem aplicados índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o consumidor, em manifesto confronto com a equidade e as cláusulas gerais da boa-fé objetiva*

Acesso ao Sumário

e da especial proteção ao idoso, dado que aumentos excessivamente elevados, sobretudo para esta última categoria, poderão, de forma discriminatória, impossibilitar a sua permanência no plano; e (iii) respeito às normas expedidas pelos órgãos governamentais: a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS. b) Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 2.1.1999 e 31.12.2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos. c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 1º.1.2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância (i) de 10 (dez) faixas etárias, a última aos 59 anos; (ii) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para a primeira; e (iii) da variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas". Confira-se a fls. 498/500.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 423/428) encontra-se em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela abusividade do reajuste praticado pela agravante, em razão da falta de clareza acerca do percentual aplicado para cada faixa etária, tratando-se de contrato firmado antes de 02.1.1999 e sem adaptação à Lei nº 9.656/98.

Confira-se trecho do V. Acórdão: "*No caso, a tabela de reajuste por faixa etária prevista na cláusula 15 (p. 62) não está sequer especificada em percentuais, mas em Unidade de Serviços (US), sendo totalmente obscuros os parâmetros elencados na cláusula 17 (p. 63) para a aferição do seu valor: (...) É tamanha a dificuldade de verificação dos percentuais de reajustes por faixa etária (IS) que a Sul América, em contestação ou nas razões recursais, nem sequer os indica, limitando-se a mencionar a existência de 'previsão contratual'. Fica evidente, portanto, a violação do dever de informação previsto no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, cujas regras devem ser observadas nos termos da tese do STJ acima mencionada, além da aleatoriedade dos reajustes, inclusive no que tange aos reajustes anuais de 5% ao ano após os 72 anos, previstos na cláusula 16.3 (p. 62)*" (fls. 426).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao agravo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2125390-43.2023.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, sendo agravante Waleed Issa Khmayis e agravado Município de São Paulo.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(VOTO Nº AR-1872-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, 6 de agosto de 2024.

TORRES DE CARVALHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que nega seguimento a recurso especial.
– A ocorrência da prescrição ou decadência na pretensão executiva tributária com aplicação da Súmula 106 do STJ é questão idêntica à matéria tratada nos autos do REsp n. 1.102.431/RJ, Tema 179/STJ, julgado sob a égide do rito de casos repetitivos.
– Inviabilidade de reexame de prova em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ.
Nega-se provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de agravo (fls. 159/166) interposto 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. 1.102.431/RJ.

Alegou o agravante, em síntese, que a Fazenda se quedou inerte quanto ao andamento regular do processo por mais de 7 anos, de modo que teria se consumado a prescrição intercorrente.

É o relatório.

Tendo em vista que a decisão impugnada negou seguimento ao recurso e diante do que estabelece o art. 1.030, § 2º do Código de Processo Civil, recebo

Acesso ao Sumário

o recurso como agravo interno.

O recurso não merece provimento.

Com efeito, com o permissivo do artigo 1.030, inciso I, alínea "b" do Código de Processo Civil, a decisão agravada considerou que o v. acórdão da Turma Julgadora converge com o decidido no REsp n. 1.102.431/RJ (Tema 179), DJe de 01.02.2010, do Col. Superior Tribunal de Justiça, quando se fixou a seguinte tese: *A perda da pretensão executiva tributária pelo decurso de tempo é consequência da inércia do credor, que não se verifica quando a demora na citação do executado decorre unicamente do aparelho judiciário*. E ainda observou que *A verificação de responsabilidade pela demora na prática dos atos processuais implica indispensável reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, na estreita via do recurso especial, ante o disposto na Súmula 07/STJ*.

Não se avista desacerto na decisão ora agravada quanto ao REsp n. 1.102.431/RJ, sob a técnica de casos seriais, haja vista a questão abordada referente à ocorrência de prescrição na cobrança de débito tributário quando da demora na citação do executado.

Consigne-se, por oportuno, trecho do v. acórdão recorrido, convergente ao tema aplicado na sistemática dos repetitivos:

> A demanda foi proposta em 27 de abril de 2014 (folhas 51). **Proferido o despacho que determinou a citação do executado em 21 de setembro de 2014, até 4 de agosto de 2021, quando o executado interveio no processo** (folhas 51 a 58) **não se havia expedido carta de citação**. Ora, **expedição da missiva e remessa dos autos para análise do magistrado são deveres do cartório judicial. Assim, forçoso reconhecer que a detença, no caso vertente, deve-se ao próprio mecanismo da Justiça. Por isso que perfeitamente aplicável a Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça**, "in verbis":
>
> *"Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da argüição de prescrição ou decadência."*
>
> (...)
>
> **Em suma: inadmissível proclamar prescrição, que a paralisação do fluxo do processo não se pode atribuir ao exequente**. (grifo nosso) (fl. 105)

Como se nota, a Turma Julgadora considerou que a demora na citação decorreu de motivos inerentes ao mecanismo da justiça, razão pela qual concluiu pela não ocorrência da prescrição intercorrente, o que está em consonância com o Tema 179/STJ.

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

Acesso ao Sumário

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.

Assim, não há como se proceder à modificação do decidido, pois está em perfeita harmonia com o paradigma julgado pela Corte Superior.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir ao 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 Cível nº 1000616-60.2022.8.26.0042/50000, da Comarca de (...), em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO e interessado (...), é agravada L.R.D. (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 123.464)**

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, 12 de agosto de 2024.

BERETTA DA SILVEIRA, Vice-Presidente e Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E INSUMOS. Medicamentos não registrados na Anvisa (Recurso Extraordinário nº 657.718/MG – tema 500). Medicamento sem Registro na Anvisa, mas com importação autorizada pela Agência (Recurso Extraordinário nº 1.165.959/SP – tema 1161). V. Acórdão firmado em consonância com o decidido no E. STF nos temas 500 e 1161. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto pelo Estado de São Paulo contra a decisão que, em ação de obrigação de fazer, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Extraordinário**, pois o V. Acórdão recorrido observou as orientações estabelecidas pelo E. Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 657.718/MG (tema 500), no Recurso Extraordinário nº 1.165.959/SP (tema 1161) e no Recurso Extraordinário nº 1.366.243/SC (tema 1234). Alega que o v. acórdão não está em conformidade com o pronunciamento do STF fixado no tema 500, devendo ser dado prosseguimento ao recurso.

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. 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, julgado sob o Regime de Repercussão Geral o RE nº 657.718/MG, Tema nº 500, o Colendo Supremo Tribunal Federal pronunciou-se no sentido de que: "*1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.*"

No caso em comento, a interpretação do Tema 500, deve ser realizada conjuntamente com o disposto no Tema 1.161, conciliando-se as duas teses firmadas pelo Pretório Excelso, com repercussão geral.

Acesso ao Sumário

E, no Recurso Extraordinário nº 1.165.959/SP, Tema nº 1161, o Supremo Tribunal Federal exarou a seguinte tese no regime de repercussão geral: "*Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS.*".

Pois bem.

O caso *sub judice* trata do fornecimento de "*Epinefrina*", medicamento que conta com registro na ANVISA e incorporado em atos normativos do SUS.

O pedido versa, ainda, sobre fornecimento de adrenalina autoinjetável, por caneta autoaplicadora (Caneta *Epipen*), que é mera espécie de invólucro (insumo) para autoaplicação de *Epinefrina* e, como afirmado, esta encontra-se na lista de medicamentos dispensados pelo Sistema Único de Saúde, e, como premissa lógica, também está registrada pela ANVISA, como se verifica em seu sítio eletrônico.

Nesse contexto, verifica-se que o V. Acórdão recorrido está de acordo com as aludidas orientações firmadas pelo E. Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, conforme bem salientado no r. despacho agravado (fls. 449/458), o v. acórdão apontou, de forma explícita, que *"(...) De fato, não há registro na ANVISA para a adrenalina autoinjetável (Epipen Junior®), conforme consulta realizada no banco de registros de medicamentos da Agência Reguladora. Contudo, o medicamento pode ser adquirido por processo de importação, bastando para tanto que seja solicitada a autorização junto à ANVISA. Sendo este o caso, entende-se que a autorização supre o registro. Mesmo porque o produto em questão nada mais é que o medicamento epinefrina em forma de caneta autoinjetável. A epinefrina tem registro no órgão regulador, apenas não há registro para sua apresentação na forma mencionada. Nesse sentido, inaplicável à espécie o Tema 500 do STF. Dito isso, verifica-se que o medicamento epinefrina consta na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais RENAME do Ministério da Saúde, mas em solução injetável. Por se tratar de apresentação diversa, entende-se que no caso 'sub judice' deve ser analisado o preenchimento dos requisitos cumulativos do Tema 106 do STJ, os quais não diferem das exigências impostas pelo Tema 1.161 do STF, que trata justamente do dever do Estado de fornecer medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária. Desde já, reputa-se preenchido o terceiro requisito (existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência), como acima demonstrado. (...).*" (fls. 347/357).

Assim, restou comprovada a excepcionalidade e a necessidade para auto-

Acesso ao Sumário

rizar a obtenção do medicamento/insumo pleiteado para o tratamento prescrito à paciente.

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 interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2155369-84.2022.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MESA DIRETORA DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ, é agravado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ (PROCURADOR).

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 39.407)**

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, 16 de agosto de 2024.

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.

Acesso ao Sumário

VOTO

Inconformada com a decisão que, no que interessa ao presente recurso, negou seguimento ao recurso extraordinário pelo reconhecimento de anterior

pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria, em recurso submetido ao regime da repercussão geral, na forma do art. 1.030, inciso I, alínea "a", do Código de Processo Civil, a Mesa Diretora da Câmara Municipal de Santo André interpôs agravo interno.

Em síntese, alega a agravante que a hipótese não está em harmonia com a tese firmada em repercussão geral (Tema nº 917).

Contraminuta está a fls. 46/62.

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, à agravante incumbiria demonstrar que a específica hipótese retratada nos autos não está em consonância com o paradigma que originou a tese acolhida pela Corte Superior.

Em outras palavras, a recorrente deve deixar claro o denominado *distinguishing*, a diferença fundamental entre o caso julgado neste processo e aquele exposto no paradigma. Possível, ainda, à recorrente, mesmo se delineada alguma similitude com o indicado paradigma, comprovar situação fática específica capaz de prejudicar a aplicação do precedente qualificado.

A agravante, 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:

> *"A Lei n. 10.509, de 17 de maio de 2022, do Município de Santo André, portanto, dispôs sobre Políticas Públicas voltadas ao combate à Alienação Parental, com o objetivo de, nos termos da Lei Federal nº 12.318/2010, conscientizar a população sobre a importância de evitar a prática desse ato, que pode interferir de forma danosa na formação da criança e do adolescente ao afastá-lo de um de seus responsáveis sem justo motivo, assim reconhecido por lei ou sentença judicial.*
>
> *O certo é que o assunto tratado na lei impugnada não se encontra no rol taxativo da Constituição Estadual (nos termos do art. 24), afrontando, assim, a iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo, estando patente o vício de constitucionalidade formal.*
>
> *O certo é que, não pode o Poder Legislativo Municipal pretender, através de uma lei municipal, regular ou limitar atos discricionários e privativos do Prefeito.*
>
> *Do exame da lei ora atacada conclui-se que esta estabelece normas sobre a concreta gestão ou organização administrativa das Políticas Públicas voltadas ao combate à Alienação Parental.*
>
> *A norma impugnada impõe que as Políticas Públicas serão realizadas*

Acesso ao Sumário

por meio de ações que promovam a realização de encontros, debates, seminários, palestras e demais eventos que propiciem a conscientização sobre a Síndrome de Alienação Parental – SAP, devendo tais ações ser desenvolvidas, em conjunto, pelas Secretarias Municipais responsáveis, pelo Ministério Público e entidades governamentais e não governamentais ligadas à defesa dos direitos da criança e do adolescente, observando os termos da Lei 8.069/90; que caberá às Secretarias Responsáveis estimular e promover palestras informativas em escolas da rede municipal e particular de ensino, irigidas aos pais e alunos, a respeito da importância do combate à alienação parental, bem como adotar medidas socioeducativas no âmbito das instituições de ensino, para a sua prevenção e erradicação; e que referidas palestras deverão ser ministradas por psicólogos, assistentes sociais e profissionais habilitados em psicologia forense.

Além disso, os arts. 2º e 3º, da Lei nº 10.509, de 17 de maio de 2022, do Município de Santo André, interferem na gestão concreta dos serviços municipais exercida pelo Chefe do Poder Executivo, o que afronta o art. 84, inciso IV, da Constituição Federal e o art. 47, inciso III, da Constituição do Estado de São Paulo, eis que não respeitados os critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública.

(...)

A Lei nº 10.509, de 17 de maio de 2022, do Município de Santo André, portanto, não pode fixar regras sobre a estruturação e o funcionamento das ações a serem desenvolvidas, em conjunto, pelas Secretarias Municipais responsáveis e entidades governamentais e não governamentais ligadas à defesa dos direitos da criança e do adolescente, sobre a conscientização da Síndrome de Alienação Parental – SAP, no Município.

A lei de iniciativa parlamentar invadiu, portanto, a esfera privativa de competência do Chefe do Poder Executivo violando o princípio da separação e independência dos poderes, previsto no art. 5º, da Constituição do Estado de São Paulo, dispondo detalhadamente como as ações sobre a conscientização da Síndrome de Alienação Parental – SAP devem ser desenvolvidas, matéria que não se encontra no âmbito da competência parlamentar." (fls. 152/154 *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 públicos (art. 61, § 1º, II, "a", "c" e "e", da Constituição Federal).

Acesso ao Sumário

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 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 Regimental Cível nº 2194889-51.2022.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, é agravado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL 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 39.342)**

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, 2 de julho de 2024.

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.

Acesso ao Sumário

VOTO

Inconformado com a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário pelo reconhecimento de anterior pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria, em recurso submetido ao regime da repercussão geral, na forma do art. 1.030, inciso I, alínea "a", do Código de Processo Civil, o Prefeito do Município de São José do Rio Preto interpôs agravo interno.

Em síntese, alega o agravante que a hipótese não está em harmonia com a tese firmada em repercussão geral (Tema nº 917).

Sem contraminuta (fls. 14).

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:

> *"Portanto, a instituição do 'Programa Municipal de Prevenção ao Suicídio e de Promoção do Direito ao acesso à Saúde Mental entre Jovens e Adolescentes' pela Lei nº 14.198, de 5 de agosto de 2022, do Município de São José do Rio Preto/SP, por si só, ingressando em tema de política pública voltada à saúde, evidentemente não envolve matéria cuja iniciativa legislativa é reservada ao Chefe do Executivo, na medida em que não trata da estrutura da Administração ou da atribuição de seus órgãos, nem do regime jurídico de servidores públicos. Assim, ausente qualquer violação aos artigos 5º e 47, incisos II e XIV, da Constituição Estadual.*
>
> *Excepcionam-se dessa conclusão, todavia, disposições contidas nos artigos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, e 9º da norma atacada, os quais efetivamente abalam a reserva da administração por ofensa aos dispositivos acima mencionados.*
>
> *Isto porque os artigos em questão, além de determinar o órgão público responsável pela implementação do programa, traçam formas de cumprimento da obrigação criada na lei, vinculando o meio da prestação do Poder Executivo, instituindo-lhe determinações em afronta à separação dos poderes ao dispor sobre a prática de atos de gestão e direção superior. Da mesma forma, é firme a jurisprudência deste C. Órgão Especial[1] quanto à iniquidade normativa de dispo-*

Acesso ao Sumário

sições que fixam prazo para regulamentação de determinada lei." (fls. 165/166 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 públicos (art. 61, § 1º, II, 'a', 'c' e 'e', da Constituição Federal).

Daí resulta que o caso tratado nestes autos está em harmonia com referida tese e não existe motivo que autorize conclusão diversa. É dizer, o acórdão recorrido converge ao tratamento jurídico aplicado ao caso paradigma, ausentes argumentos efetivamente novos neste agravo interno, restrito a repisar alegações já afastadas pelo Órgão Especial desta Corte.

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.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000692-26.2022.8.26.0126, da Comarca de Caraguatatuba, em que são apelantes MAURÍCIO TASSONI e ELVIRA CRISTINA MARTINS TASSONI, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE CARAGUATATUBA.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso para julgar a dúvida improcedente, determinando o retorno dos autos ao Oficial de Registro de Imóveis, que prosseguirá com o procedimento extrajudicial, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.442)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO), TORRES DE CARVALHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), SÁ DUARTE e CAMARGO ARANHA FILHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 4 de julho de 2024.

FRANCISCO LOUREIRO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA – EXIGÊNCIA DE REGISTRO DA ESCRITURA DE AQUISIÇÃO DOS ANTERIORES COMPRADORES COM O PROPRIETÁRIO TABULAR E DE RECONHECIMENTO DE FIRMA DOS COMPROMISSÁRIOS COMPRADORES APELANTES – FORMA ORIGINÁRIA DE AQUISIÇÃO DE PROPRIEDADE – DESNECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE REGISTRAL – RECONHECIMENTO DE FIRMAS NÃO EXIGÍVEL PORQUE A USUCAPIÃO É O TÍTULO QUE SE PRETENDE REGISTRAR – AFASTADAS AS EXIGÊNCIAS – DÚVIDA IMPROCEDENTE – APELAÇÃO PROVIDA PARA DETERMINAR O PROCESSAMENTO DA USUCAPIÃO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta por MAURÍCIO TASSONI e esposa, ELVIRA CRISTINA MARTINS TASSONI, contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas de Caraguatatuba/SP, que, na dúvida suscitada, manteve a negativa ao processamento extrajudicial e registro da usucapião extraordinária do imóvel urbano, objeto da matrícula nº 50.387 daquela serventia (fls. 300/303).

Afirmam os apelantes, em síntese, que as exigências apresentadas pelo Registrador quanto ao registro da escritura de compra e venda firmada entre o proprietário tabular e as pessoas de Irineu Dollo e esposa, com quem celebraram o compromisso de venda e compra do imóvel, assim como quanto ao reconhecimento de firmas no instrumento de compromisso, são descabidas porque postulam usucapião extraordinária, onde não se exige justo título, além de aduzirem a impossibilidade de cumprimento das exigências, já que a proprietária tabular Fama Imóveis S/C Limitada está baixada desde 1996 e os compromissários vendedores são falecidos.

A Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 350/353).

O recurso foi inicialmente distribuído à Corregedoria Geral de Justiça, que declinou da competência, determinada a redistribuição ao Colendo Conselho Superior da Magistratura (fls. 356/358).

É o relatório.

MAURÍCIO TASSONI e ELVIRA CRISTINA MARTINS TASSONI apresentaram ao Oficial do Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas de Caraguatatuba/SP, ata notarial e requerimento para processamento e registro de Usucapião Extraordinária do imóvel urbano, objeto da matrícula nº 50.387, acompanhados de documentos.

O pedido foi negado pelo Oficial, conforme nota de devolução nº 207.792 (fls. 64 e 221/222), com o seguinte teor:

> *"1. O item 419 do Capítulo XX, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, dispõe sobre a dispensa da notificação dos proprietários tabulares do imóvel usucapiendo, caso seja anexo ao processo, justo título ou instrumento que demonstre a existência de relação jurídica entre o proprietário tabular e o requerente da usucapião extrajudicial. Contudo, o item 419.2 das referidas normas impõe a necessidade de ser justificado o óbice à correta escrituração das transações para evitar o uso da usucapião como meio de burla dos requisitos legais do sistema notarial e registral e da tributação dos impostos de transmissão incidentes'. No presente caso, verificamos que foi anexa ao processo, a certidão da escritura pública (L.57 – p. 186), de 01/03/1993,*

Acesso ao Sumário

do Tabelião de Notas do Distrito de Maresias, São Sebastião/SP, datada de 22/11/2006, através da qual a proprietária tabular do imóvel objeto da matrícula nº 50.387, FAMA IMÓVEIS S/C LTDA. vende o mesmo a IRINEU DOLLO, e sua mulher MERCEDES GONÇALVES DOLLO. Ocorre que, da análise da referida escritura, verificamos que não há óbice ao registro da mesma, devendo ela ser prenotada para registro, este que após efetuado, irá alterar o polo passivo do presente processo, pois os proprietários tabulares passarão a ser IRINEU DOLLO, e sua mulher MERCEDES GONÇALVES DOLLO.

2. É importante ressaltar que também analisamos o instrumento particular de compromisso de venda e compra datado de 29/05/2002, anexo ao processo, através do qual IRINEU DOLLO, e sua mulher MERCEDES GONÇALVES DOLLO, compromissaram a venda do imóvel usucapiendo aos requerentes MAURÍCIO TASSONI, e sua mulher ELVIRA CRISTINA MARTINS TASSONI. Desta análise sim, verificamos que o mesmo não possui todos os requisitos para o seu devido registro nesta Serventia, o que justifica o presente pedido de reconhecimento de usucapião extrajudicial. No entanto, as firmas lançadas em referido instrumento não se acham devidamente autenticadas por notário, o que precisa ser providenciado.

3. Verificamos que a maioria da documentação que compõe o presente processo foi apresentada por meio de cópias simples (documentos dos requerentes, documentos que comprovam a posse), estas que não produzem qualquer efeito no fólio registral, devendo as mesmas ser substituídas por seus originais ou cópias autenticadas (se não todas, ao menos aquelas mais representativas).

4. As custas e emolumentos importam, nesta data, em aproximadamente R$ 2.401,96, conforme segue."

Discordando das exigências apresentadas, foi instaurado o procedimento da dúvida (fls. 01/06), insistindo o Oficial tão somente quanto ao cumprimento dos **itens 1 e 2 da nota devolutiva**.

A r. sentença julgou procedente a dúvida para manter as exigências, sustentando a necessidade do registro da escritura pública de venda e compra havida entre Fama Imóveis S/C Ltda e Irineu Dollo e sua mulher Mercedes Gonçalves Dollo, além da necessidade do reconhecimento das assinaturas apostas no instrumento particular de compromisso de venda e compra firmado entre os requerentes e os antigos vendedores, a teor do que dispõe o artigo 13 do Provimento 65/17 do CNJ.

Todavia, o recurso deve ser provido.

Descabida a exigência de registro da escritura pública de venda e compra firmada em 01/03/1993 entre a proprietária tabular Fama Imóveis S/C Ltda e os compradores Irineu Dollo e Mercedes Gonçalves Dollo (fls. 96/99), com

quem os apelantes celebraram contrato de compromisso de compra e venda (fls. 104/105).

Como se sabe, a usucapião traduz forma originária de aquisição de propriedade, desvinculada de conteúdo declaratório de vontade de anteriores proprietários, sem necessidade de observância do princípio do trato sucessivo.

Nesse sentido, esclarecedor o voto do então Corregedor Geral de Justiça e Relator, Des. Pereira Calças, na apelação nº 1006009-07.2016.8.26.0161, cujo trecho merece transcrição:

"(...)

Por se cuidar de forma originária de aquisição da propriedade, indagação alguma haverá de ser feita acerca da continuidade. Rompem-se todos os vínculos preteritamente havidos sobre o bem, de tal arte que prescindível a estrita observância da continuidade, diversamente do quanto afirmado pela Oficial.

(...)".

Para mais, o pedido formulado foi de usucapião extraordinária, que prescinde da existência de justo título para seu reconhecimento.

Deve ser observado que os apelantes não postularam o registro do contrato de compromisso de compra e venda, caso em que certamente deveria ser observado o Princípio da Continuidade, registrando-se, deste modo, todos os instrumentos de transferência dentro da cadeia dominial.

A pretensão dos apelantes é de ser declarado o domínio pela usucapião extraordinária, com fundamento no artigo 1.238 do Código Civil:

"Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo".

Na espécie, a prova documental apresentada permite vincular os apelantes aos compromissários vendedores Irineu Dollo e Mercedes Gonçalves Dollo, que firmaram a escritura de compra e venda com a proprietária tabular do imóvel entre Fama Imóveis S/C Ltda. A escritura de compra e venda foi lavrada em 01 de março de 1993 e o instrumento de compromisso de compra e venda foi firmado em 29 de maio de 2002, donde se vê cumprido o lapso temporal da usucapião extrajudicial.

Nesse cenário, o item 1 da nota devolutiva, não poderia prevalecer.

O item 2 da nota devolutiva – *as firmas lançadas em referido instrumento não se acham devidamente autenticadas por notário, o que precisa ser provi-*

Acesso ao Sumário

denciado – também não se justifica porque não há pretensão de inscrição do referido título no fólio real. O instrumento de compromisso de compra e venda apenas compõe o conjunto probatório para demonstrar a posse do imóvel pelo tempo necessário à concretização da prescrição aquisitiva.

Embora o reconhecimento de firma seja requisito legal para ingresso do instrumento particular de compromisso de compra e venda no Registro de Imóveis (artigo 221, inciso II, da Lei de Registros Públicos, e item 108, "b", Cap. XX, das NSCGJ), é preciso reiterar que o título que se pretende registrar é a usucapião extrajudicial, e não o instrumento particular de compra e venda firmado entre os compradores do proprietário tabular e os ora apelantes. O documento apenas foi apresentado para dar amparo à pretensão usucapienda.

Desta forma, afasta-se a exigência constante no item 2 da dúvida suscitada.

Por oportuno, anote-se que a regulamentação da usucapião extrajudicial trazida pelo Provimento CNJ nº 65/2017, em vigor quando do início do procedimento, foi incorporada no Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça (Provimento nº 149/2023 do Conselho Nacional de Justiça), sem modificações dignas de nota.

Afastados os óbices, é mister o deferimento do processamento da usucapião extrajudicial, nos seus ulteriores termos, incluindo a notificação dos herdeiros de Irineu Dollo e Mercedes Gonçalves Dollo, assim como da proprietária tabular Fama Imóveis S/C Ltda, na pessoa de seu liquidante, ou, na sua falta, por edital.

Diante do exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso de apelação para julgar a dúvida improcedente, determinando o retorno dos autos ao Oficial de Registro de Imóveis, que prosseguirá com o procedimento extrajudicial, nos termos desta decisão.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000634-25.2023.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante M.A.L.N., é apelado 1º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE OSASCO.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso para julgar extinto o feito sem análise do mérito, com observação, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.477)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA)

(Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO), TORRES DE CARVALHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), SÁ DUARTE e CAMARGO ARANHA FILHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 4 de julho de 2024.

FRANCISCO LOUREIRO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA JULGADA PROCEDENTE – NEGATIVA DE REGISTRO DE FORMAL DE PARTILHA – APELANTE QUE COMPROVA QUE NÃO REQUEREU A SUSCITAÇÃO DA DÚVIDA – EXTINÇÃO DO PROCEDIMENTO SEM ANÁLISE DO MÉRITO POR ILEGITIMIDADE DE PARTE E POR FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL – ATENDIMENTO DE USUÁRIOS EM SERVENTIA EXTRAJUDICIAL – OBRIGATORIEDADE – COMUNICADO CG Nº 07/2024 – RECURSO PROVIDO, COM OBSERVAÇÃO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por M.A.L.N. contra a r. sentença de fls. 118/119, proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do 1º Registro de Imóveis de Osasco, que, mantendo as exigências feitas pelo Oficial, negou acesso ao registro imobiliário de formal de partilha extraído dos autos do processo nº (...) da 1ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Osasco.

Ao julgar embargos de declaração interpostos pela ora apelante (fls. 141/144), o MM. Juiz Corregedor Permanente reconheceu *"como prejudicada a dúvida relativamente ao item 5 da nota devolutiva"* (fls. 144).

Sustenta a apelante, em preliminar, que simplesmente queria ser atendida na serventia imobiliária após a expedição da nota devolutiva e que não tinha interesse na suscitação da dúvida. No mérito, sustenta que a sentença é nula por falta de fundamentação (fls. 149/156).

A Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 184/188).

É o relatório.

Preceitua o art. 198, VI, da Lei nº 6.015/73:

Art. 198. Se houver exigência a ser satisfeita, ela será indicada pelo oficial por escrito, dentro do prazo previsto no art. 188 desta Lei e de uma só vez, articuladamente, de forma clara e objetiva, com data, identificação e assinatura do oficial ou preposto responsável, para que:

(...)

VI – caso não se conforme ou não seja possível cumprir a exigência, o interessado requeira que o título e a declaração de dúvida sejam remetidos ao juízo competente para dirimi-la.

Resta claro que o pressuposto para o processamento de uma dúvida é o pedido feito pelo interessado.

Esse pressuposto, porém, não está presente no caso em análise.

Provam isso as manifestações da apelante a fls. 105 e no recurso ora examinado (fls. 149/156) – ambas no sentido do desinteresse na suscitação –, assim como a análise do presente expediente, em que não há requerimento da interessada cujo objetivo seja a remessa ao juízo competente do título e da declaração de dúvida.

Assim, é caso de extinção do presente procedimento, sem análise do mérito, pois o registrador, sem requerimento da parte, não tem legitimidade para suscitar a dúvida. Pelo mesmo motivo, carece o Oficial de interesse processual.

No mais, a análise da apelação e da manifestação de fls. 105 demonstra que o objetivo da recorrente era ser atendida no cartório para obter esclarecimentos acerca da nota devolutiva que lhe foi apresentada.

E esse atendimento, como se sabe, é obrigatório.

Nesse sentido o Comunicado CG nº 07/2024, publicado no DJE de 11 de janeiro de 2024:

"O Corregedor Geral da Justiça, no exercício de suas atribuições legais e normativas, alerta que os responsáveis pelas unidades dos Serviços Extrajudiciais de Notas e de Registro do Estado de São Paulo devem observar o dever de atendimento das partes, dos interessados em geral e dos advogados que os procurarem, podendo a recusa caracterizar infração disciplinar".

Assim, caberá ao MM. Juiz Corregedor Permanente da unidade, tomando ciência da presente decisão, comunicar o registrador acerca da necessidade de atendimento da interessada, o que deverá ser comprovado à Corregedoria Permanente dentro de prazo razoável.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso** para julgar extinto o feito sem análise do mérito, com observação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006463-83.2023.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante PRIMO TREVISAN, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE VOTUPORANGA.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram prejudicada a dúvida e não conheceram do recurso, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.448)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), TORRES DE CARVALHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), HERALDO DE OLIVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e CAMARGO ARANHA FILHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 6 de agosto de 2024.

FRANCISCO LOUREIRO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – MANDADO DE REGISTRO DE USUCAPIÃO – TÍTULO ORIGINAL NÃO PROTOCOLADO NA SERVENTIA EXTRAJUDICIAL – DÚVIDA PREJUDICADA – APELAÇÃO NÃO CONHECIDA – ANÁLISE DAS EXIGÊNCIAS A FIM DE ORIENTAR FUTURA PRENOTAÇÃO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por ***Primo Trevisan*** contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas de Votuporanga/SP, que manteve a recusa do registro do mandado de usucapião oriundo dos autos do processo nº 1001487-67.2022.8.26.0664, tendo por objeto imóvel matriculado sob nº 29.318, junto à referida serventia extrajudicial (fls. 44/45).

Sustenta o apelante, em síntese, ser indevida a exigência de apresentação do título nato digital por meio do sistema eletrônico SAEC – Serviço de Atendimento Eletrônico Compartilhado, eis que possível o protocolo físico de cópia impressa do documento, junto à serventia extrajudicial. Argumenta que a exigência formulada ofende seu direito ao benefício da Justiça Gratuita, pois a remessa por meio eletrônico do título pressupõe o recolhimento da quantia de R$ 72,72 (fls. 53/56).

A douta Procuradoria de Justiça opinou pelo não conhecimento ou, subsidiariamente, não provimento do recurso (fls. 68/71).

Nos termos da r. decisão (fls. 72/73), os autos foram redistribuídos a este Colendo Conselho Superior da Magistratura.

É o relatório.

A dúvida inversa foi suscitada em virtude da negativa de registro de mandado de usucapião oriundo dos autos do processo nº 1001487-67.2022.8.26.0664, que tramitou perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Votuporanga/SP. O título foi objeto de nota de devolução expedida pelo registrador, em que exigido o protocolo do mandado de usucapião, expedido em formato eletrônico, por meio do e-Protocolo (fls. 21/22).

Insiste o apelante na possibilidade de protocolo físico do título nato digital em cópia impressa, junto à serventia extrajudicial, para a realização do registro pretendido.

Desde logo, há que se consignar que não houve apresentação do original do título perante o registro imobiliário. Optando por formular dúvida inversa diretamente ao MM. Juiz Corregedor Permanente da serventia extrajudicial, deixou o apelante de protocolar o mandado de registro de usucapião perante a serventia imobiliária, o que torna prejudicada a apelação interposta (art. 198 da Lei nº 6.015/1973).

A propósito do tema, há expressa previsão normativa da necessidade do protocolo do título original em processo de dúvida (item 39, Capítulo XX, Tomo II, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça).

Também nos termos do art. 221, inciso IV, da Lei nº 6.015/73 mostra-se indispensável a apresentação da via original do título, pois eventual procedência da apelação resultaria no pretendido registro, decidindo-se acerca da qualificação registral. Inviável, igualmente, a apresentação posterior do título original, em razão da necessidade de sua qualificação registral em todas as etapas. Nesse sentido:

> *"REGISTRO DE IMÓVEIS. Dúvida Inversa. Ausência de prenotação válida. Dúvida prejudicada. Recurso não conhecido."* (TJSP; Apelação Cível 1001549-61.2019.8.26.0390; Relator: Ricardo Anafe (Corregedor Geral); Órgão Julgador: Conselho Superior da Magistratura; Foro de Nova Granada – Vara Única; Data do Julgamento: 01/09/2020; Data de Registro: 08/09/2020).
>
> *"REGISTRO DE IMÓVEIS. DÚVIDA INVERSA. AUSÊNCIA DE PRENOTAÇÃO VÁLIDA. DÚVIDA PREJUDICADA. RECURSO NÃO CONHECIDO."* (TJSP; Apelação Cível 1011398-73.2022.8.26.0286; Relator: Fernando Torres Garcia (Corregedor Geral); Órgão Julgador: Conselho Superior da Magistratura; Foro de Itu – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/12/2023; Data de Registro: 19/12/2023).
>
> *"REGISTRO DE IMÓVEIS – INSTRUMENTO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA E OUTRAS AVENÇAS – DÚVIDA INVERSA – TÍTULO NÃO PRENOTADO – DÚVIDA PREJUDICADA – APELAÇÃO NÃO CONHECIDA."* (TJSP; Apelação Cível 1009362-58.2022.8.26.0286; Relator: Francisco Loureiro (Corregedor Geral); Órgão Julgador: Conse-

lho Superior da Magistratura; Foro de Itu – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/03/2024; Data de Registro: 19/03/2024).

Destarte, ante a ausência do original e comprovação de seu protocolo, a dúvida está prejudicada e a presente apelação não merece ser conhecida, o que não impede o exame – em tese – da exigência formulada, a fim de orientar futura prenotação.

O mandado de usucapião deve ser apresentado a registro conforme dispõe o art. 221, inciso IV, da Lei nº 6.015/73, não havendo previsão de sua substituição por cópias das peças do processo judicial, ainda que encaminhadas por advogado.

Tal como consignado no ilustrativo voto proferido nos autos da Apelação nº 1006696-85.2020.8.26.0664, nos processos judiciais eletrônicos *"os instrumentos ou títulos formais (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 221) para os atos registrais têm de ser lavrados, a requerimento da parte: (a) em meio físico, por ofício de Justiça (Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, Tomo I, arts. 221-223 e 1.273); (b) em meio eletrônico, por ofício de Justiça (Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, Tomo I, art. 1.273-A); (c) em meio físico, por tabelião de notas (Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, Tomo II, Capítulo XVI, itens 214-217 e 219); ou eletrônico, por tabelião de notas (Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, Tomo II, 214-217, 218 e 219)* (TJSP; CSM; Relator: Desembargador Ricardo Mair Anafe (Corregedor Geral da Justiça); Data do Julgamento: 17/09/2021; Data de Registro: 04/10/2021).

Por outro lado, não se desconhece a impossibilidade de encaminhamentos de títulos eletrônicos pelo e-Protocolo sem o pagamento de depósito prévio, ainda que o usuário do sistema seja beneficiário da Justiça Gratuita. O tema foi objeto de procedimento iniciado perante a Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, com encaminhamento da questão ao Egrégio Conselho Nacional de Justiça pois, atualmente, os serviços de registro de imóveis pelos meios eletrônicos estão sendo prestados pelo Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (ONR), nos termos dos Provimentos CNJ nº 89/2019 e nº 109/2020.

Até que se resolva a controvérsia, portanto, para encaminhamento de títulos oriundos de processos judiciais eletrônicos, caberá à parte beneficiária da Justiça Gratuita, ora apelante, requerer a expedição de mandado de usucapião em meio físico, por ofício de Justiça (Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, Tomo I, arts. 221 a 223 e 1.273), para respectivo protocolo, pelo interessado, diretamente no balcão da Serventia Extrajudicial, facultado o envio, por meio eletrônico, diretamente pelo juízo.

Ante o exposto, pelo meu voto, **julgo prejudicada** a dúvida e **não conheço** do recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000800-19.2023.8.26.0547, da Comarca de Santa Rita do Passa Quatro, em que são apelantes TIAGO OLIVEIRA PIRES, FERNANDO ANTONIO ALVARENGA GUIDUGLI e NELMIR PERALTA PIRES, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE SANTA RITA DO PASSA QUATRO.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.481)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), TORRES DE CARVALHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), HERALDO DE OLIVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e CAMARGO ARANHA FILHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 6 de agosto de 2024.

FRANCISCO LOUREIRO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS. PROCEDIMENTO DE DÚVIDA. REGISTRO DE CARTA DE ARREMATAÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE REGISTRAL. AUSÊNCIA DE COINCIDÊNCIA ENTRE AS PESSOAS DOS ALIENANTES E DA TITULAR DE DOMÍNIO. DÚVIDA MANTIDA. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE AVERBAÇÃO DA ARREMATAÇÃO IGUALMENTE REJEITADO. ARREMATAÇÃO QUE DEFLAGRA ATO DE REGISTRO, NEGADO NA ESPÉCIE. APELAÇÃO IMPROVIDA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta por Tiago Oliveira Pires e outros, contra a r. sentença proferida pela MMª Juíza Corregedora Permanente do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Santa Rita do Passa Quatro – SP, que julgou procedente a dúvida e manteve a exigência do Oficial para o registro de carta de arrematação de imóvel inscrito naquela serventia (fls. 24/27).

Os apelantes afirmam, em síntese, que a arrematação judicial é forma originária de aquisição da propriedade, razão pela qual fazem jus ao seu regis-

tro no fólio real. Não fosse por isso, o caso concreto revela peculiaridade para a mitigação do princípio da continuidade registral, da segurança jurídica e da legalidade estrita em prol do atendimento do pedido dos recorrentes, à luz do disposto no artigo 5º da LINDB e do artigo 723 do CPC. Em caráter subsidiário, postula a averbação da arrematação na matrícula do imóvel, em homenagem ao princípio da publicidade.

A Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recuso (fls. 102/105).

É o relatório.

Decido.

O registro da Carta de Arrematação extraída dos autos de nº 1000562-78.2015.8.26.0547, que tramitou na 1ª Vara Cível da Comarca de Santa Rita do Passa Quatro, na ação de extinção de condomínio, foi negado pelo Oficial, que expediu nota de devolução nº 4.759 (fls. 88/90), contendo as seguintes exigências:

> *"1) O imóvel NÃO ESTÁ registrado em nome das partes ligitantes (sic) no referido processo, o que é absolutamente necessário em razão do princípio da continuidade, verdadeira mola propulsora do Registro de Imóveis;*
>
> *2) Portanto, nos termos do artigo 195, da Lei de Registros Públicos, deverá ser apresentado o(s) título(s) anterior(es), até que Marco Aurélio Pereira e Lia Raquel Pereira apareçam como adquirentes, para que somente então a arrematação possa ser registrada. Transcrevo abaixo teor do citado artigo, com grifos nossos:*
>
> *Art. 195, LRP: Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro.*
>
> *3) (...)."*

A r. sentença recorrida julgou procedente o pedido, mantendo as exigências do Oficial do CRI.

Nenhum reparo merece o r. *decisum*.

O título cujo registro se pretende consiste em carta de arrematação extraída dos autos da ação de alienação judicial (extinção de condomínio) em que figuraram como requerente e requerida, respectivamente, Marco Aurélio Pereira e Lia Raquel Pereira.

Assim, para o ingresso do título no fólio real, em obediência ao princípio da continuidade, os alienantes deveriam ostentar a condição de proprietários ou titulares de direitos inscritos.

No entanto, da análise da matrícula nº 4.040 (fls. 91/93) vê-se que os alienantes não figuram como titulares de domínio do imóvel em discussão.

Por força do princípio da continuidade, qualquer título de transmissão do imóvel só pode ter ingresso e dar causa a um registro *stricto sensu* se nele constarem, como afetados, referidos titulares de domínio. Deve, pois, haver perfeito encadeamento entre as informações inscritas e as que se pretendem inscrever, o que não ocorre no caso em pauta.

A propósito, ensina Afrânio de Carvalho:

"O princípio da continuidade, que se apoia no de especialidade, quer dizer que, em relação a cada imóvel, adequadamente individuado, deve existir uma cadeia de titularidade à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões, que derivam umas das outras, asseguram sempre a preexistência do imóvel no patrimônio do transferente. Ao exigir que cada inscrição encontre sua procedência em outra anterior, que assegure a legitimidade da transmissão ou da oneração do direito, acaba por transformá-la no elo de uma corrente ininterrupta de assentos, cada um dos quais se liga ao seu antecedente, como o seu subsequente a ele se ligará posteriormente. Graças a isso o Registro de Imóveis inspira confiança ao público" (Registro de Imóveis, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 253).

Ademais, a alienação forçada em processo judicial, diversamente do consignado pelos recorrentes, encerra transmissão derivada do direito de propriedade. Não se desconhece que, em data relativamente recente, o C. Conselho Superior da Magistratura chegou a reconhecer que a arrematação/adjudicação constituía modo originário de aquisição da propriedade. Contudo, tal entendimento acabou não prevalecendo, pois o fato de inexistir relação jurídica ou negocial entre o antigo proprietário e o adquirente (arrematante ou adjudicante) não é o quanto basta para afastar o reconhecimento de que há aquisição derivada da propriedade.

Como destaca Josué Modesto Passos:

"Diz-se originária a aquisição que, em seu suporte fático, é independente da existência de um outro direito; derivada, a que pressupõe, em seu suporte fático, a existência do direito por adquirir. A inexistência de relação entre titulares, a distinção entre o conteúdo do direito anterior e o do direito adquirido originariamente, a extinção de restrições e limitações, tudo isso pode se passar, mas nada disso é da essência da aquisição originária". (in PASSOS, Josué Modesto. A arrematação no registro de imóveis: continuidade do registro e natureza da aquisição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 111 e 112).

Há que se lembrar, ainda, que as ações que não decorram de títulos translativos anteriores, como acessão, usucapião, desapropriação e discriminação de terras devolutas, são consideradas aquisições originárias, o que não ocorre no

Acesso ao Sumário

caso em análise.

Assim, sendo derivada a aquisição, a fim de preservar a continuidade, imprescindível a prova do encadeamento dos títulos.

Resta nítido que o registro é inviável, uma vez que os alienantes não figuram como proprietários do imóvel na correspondente certidão de matrícula.

Aplica-se à hipótese o artigo 195 da Lei nº 6.015/73:

"Art. 195 – Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro."

Diversos são os precedentes deste Colendo Conselho Superior da Magistratura no sentido da impossibilidade de registro de carta de arrematação ou de adjudicação quando o imóvel não se encontra em nome daqueles que figuraram no polo passivo da lide:

"REGISTRO DE IMÓVEIS – Carta de arrematação – Modo derivado de aquisição da propriedade – Observância do princípio da continuidade – Indispensável recolhimento do ITBI – Entendimento do Conselho Superior da Magistratura – Recurso não provido" (TJSP; Apelação Cível 1020648-60.2019.8.26.0602; Relator: Ricardo Anafe (Corregedor Geral); Órgão Julgador: Conselho Superior da Magistratura; Data do Julgamento: 28/4/2020; Data de Registro: 14/5/2020).

"REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida – Carta de arrematação – Qualificação obrigatória dos títulos judiciais – Propriedade do imóvel registrada em nome do executado e de terceira, em regime de condomínio – Ausência de participação do condômino na ação executiva ou decisão judicial determinando a eficácia da arrematação em relação à sua parcela da propriedade – Ofensa ao princípio da continuidade – Origem do débito em obrigação propter rem que não afasta a incidência do princípio e, consequentemente, o impedimento ao registro – Dúvida procedente – Recurso não provido" (TJSP; Apelação Cível 1007324-58.2017.8.26.0477; Relator: Ricardo Anafe (Corregedor Geral); Órgão Julgador: Conselho Superior da Magistratura; Data do Julgamento: 3/3/2020; Data de Registro: 10/3/2020).

Portanto, quando o Oficial menciona na suscitação da dúvida quanto à necessidade da apresentação do título anterior do imóvel arrematado em favor dos alienantes Marco Aurélio Pereira e Lia Raquel Pereira, legítimos herdeiros de Maria Aparecida Batista Pereira, proprietária tabular do imóvel, tal argumentação deve ser compreendida como desqualificação do título em razão da desobediência à continuidade porque as pessoas dos alienantes e da titular de domínio indicada na matrícula não coincidem.

De outra parte, a pretensão de mitigação dos princípios da continuidade

Acesso ao Sumário

registral, da segurança jurídica e da legalidade estrita para deferir o registro da carta de arrematação aos requerentes igualmente deve ser rejeitada.

O artigo 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e o parágrafo único do artigo 723 do Código de Processo Civil não autorizam o deferimento do pleito.

Não se vislumbra ofensa às exigências do bem comum nem aos fins sociais a que a lei se dirige ao ser exigido, na hipótese vertente, que os alienantes do imóvel sejam os seus proprietários no fólio real. Ao contrário, o bem comum exige respeito à cadeia de titularidade dos proprietários do imóvel.

Da mesma forma, não se mostra oportuno e conveniente, apenas para atender ao interesse dos apelantes, o deferimento do registro da carta de arrematação em ofensa ao princípio da continuidade registral, não havendo, então, espaço para a aplicação do disposto no artigo 723, parágrafo único, do Código de Processo Civil, notadamente na via administrativa em que a questão está colocada.

Por fim, a pretensão de averbação da arrematação na matrícula do imóvel também deve ser rechaçada porque a inscrição da arrematação deflagra o ato de registro, não o de averbação.

Desta forma, de rigor a manutenção da r. sentença proferida.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

ANTONIO CARLOS MACHADO DE ANDRADE (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião de sua aposentadoria (Sessão realizada em 04.07.2024).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, aos demais integrantes do Conselho Superior da Magistratura, aos meus colegas da 6ª Câmara de Direito Criminal, ao Eminente Procurador de Justiça, nela oficiante, e aos demais desembargadores presentes nesta solenidade.

Senhoras e Senhores,

Minha vocação para a Magistratura, nasceu quando tinha 7anos de idade eu estava acompanhado de meu pai e de um tio de minha mãe, Gilberto Reis Freire que na época foi Juiz de Direito em São João da Boa Vista, minha terra natal.

Lembro-me bem que quando passamos por um soldado da extinta Força Pública, hoje Polícia Militar, este parou, ficou em posição de sentido e bateu continência, lembro-me também de seu nome, soldado Otácilio. Eu fiquei impressionado com o gesto, e meu tio me explicou que aquela homenagem não era para sua pessoa e sim para o cargo que ele ocupava.

Foi nesse instante que eu disse: um dia também serei Juiz de Direito.

Passaram-se os anos e quis o destino que nessa mesma sala, na qual prestei meu exame oral há quase 43 anos atrás, eu recebesse esta bela homenagem em razão da minha aposentadoria.

Nesses muitos anos de judicatura, fui muito feliz. Deixo a Magistratura, que tanto amo, com a satisfação do dever cumprido, pois trabalhando na segunda instância, produzi o total de 61.513 votos.

Nos últimos 17 anos, os quais trabalhei na nossa querida 6ª Câmara de Direito Criminal, foram, com toda certeza, os melhores de minha carreira, onde muito aprendi e só tive amigos, como colegas.

Não posso também deixar de agradecer, as funcionárias do meu gabinete pelos anos de dedicação prestada.

Agradeço a todos pela homenagem e por tudo que foi dito a meu respeito, me deixando profundamente emocionado.

Agradeço também, a minha querida família aqui presente, em especial à minha esposa Terezinha, por todos estes anos de companheirismo, dedicação e paciência desde o momento em que eu decidi me preparar para o Concurso da Magistratura nos anos 80.

Acesso ao Sumário

E finalmente, o meu muito obrigado a todos aqui presentes, amigos, servidores e convidados.

CAIO HUNNICUTT FLEURY MORAES (Juiz de Direito)

Discurso proferido como orador por ocasião da Solenidade de Posse dos aprovados no 190º Concurso de Ingresso na Magistratura (Cerimônia realizada em 19.07.2024).

Boa tarde.

Cumprimento o Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça, Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, na pessoa de quem cumprimento todas as autoridades presentes.

Cumprimento, ainda, os integrantes da Banca Examinadora do 190º Concurso de Ingresso na Magistratura, na pessoa de sua Presidente, a Desembargadora Maria de Lourdes Rachid Vaz de Almeida. A dificuldade do concurso de ingresso foi amenizada pelo respeito, pela cordialidade e pelo empenho da Comissão.

Enfim, chegou o dia com o qual tanto sonhamos. Não apenas nós, empossandos, mas também os familiares, cônjuges e amigos aqui presentes. O dia de hoje nos convida a uma reflexão sobre o passado, o presente e o futuro.

Quanto ao passado, a trajetória exigiu muitas renúncias: tantos dias de estudo; tantos finais de semana de simulados; tantas noites de insônia lembrando dos elementos do ato administrativo ou da sociedade anônima do futebol.

Sustine et bstine. A expressão em latim atribuída à filosofia estoica denota a ideia de "suportar e abster-se" e representou muito da nossa vida nos últimos anos.

Suportar tudo aquilo que não é passível de controle. Não controlamos as matérias cobradas; os eventuais imprevistos em nossas vidas; o resultado do concurso. Por outro lado, a nossa dedicação era passível de controle, e foi nisso que focamos nossas energias.

Abster-se daquilo que pudesse prejudicar a preparação. Em várias oportunidades, precisamos, com pesar, declinar de convites de pessoas queridas que hoje estão aqui presentes.

Claro que a abstenção não foi completa – afinal, a vida do candidato é o que acontece entre uma prova e outra –, mas não há um aprovado sequer que não tenha renunciado a certos momentos em prol dos estudos.

O sonho da Magistratura tornou-se um propósito em nossas vidas, ao qual nos dedicamos diuturnamente. Como disse o Filósofo William Durant, sintetizando as ideias de Aristóteles: *"Somos o que repetidamente fazemos. A exce-*

Acesso ao Sumário

lência, portanto, não é um feito, mas um hábito". Essa excelência – formada por anos de estudos – nos levou à aprovação no concurso do maior Tribunal de Justiça do Brasil.

Quanto ao presente, o dia é de celebração. Celebremos com os familiares, cônjuges e amigos aqui presentes, lembrando que essa conquista não é apenas nossa, mas também de vocês. Foram vocês que deixaram a solitária trajetória do concurso mais leve. Obrigado por nos apoiar e por acreditar que o sonho poderia se tornar realidade. A nossa vitória é a sua vitória.

Lembremos, também, daqueles que acompanharam parte de nossa jornada, mas não estão presentes hoje. Particularmente, gostaria muito de ter a presença de meu pai, Sérgio, que nos deixou neste ano – infelizmente, mais um dos eventos que não podemos controlar.

A passagem do meu pai me ensinou que, embora o planejamento do futuro seja importante, não podemos deixar de viver o presente, pois há certos momentos que não voltam mais. Aproveitemos, portanto, o dia de hoje, que ecoará em nossas memórias pela eternidade.

Quanto ao futuro, desejo que apliquemos corretamente o Direito, contribuindo para a pacificação social, a garantia de direitos e a segurança jurídica; que tratemos com urbanidade os Servidores, Advogados e demais Operadores do Direito; e que prestemos um serviço célere e de excelência aos Jurisdicionados, razão de ser de todo o sistema de Justiça.

Espero, também, que aproveitemos a caminhada. Assim como a nossa jornada de estudos para o concurso, a Magistratura será, muitas vezes, solitária. É importante, por isso, nos mantermos unidos enquanto colegas.

Suportar e abster-se. A expressão que representa tão bem o passado também se aplica ao futuro.

Suportar tudo aquilo que não depende de nós: o grande volume de processos; as alterações legislativas ou jurisprudenciais; as designações iniciais na carreira. Abster-se de praticar comportamentos vedados aos Magistrados; de buscar a autopromoção; ou de aplicar as próprias convicções pessoais à revelia da ordem jurídica.

Enquanto Magistrados, nosso foco deve ser naquilo que é possível controlar: a correta e justa aplicação do Direito; a cordialidade no tratamento; a discrição; o empenho e a presteza na judicatura.

Em nome de meus colegas aprovados, asseguro que levaremos conosco a mesma determinação que nos trouxe até aqui e faremos da Magistratura o nosso propósito. Afinal, a posse não é a linha de chegada, mas sim o ponto de partida da jornada mais importante de nossas vidas.

"Tudo tem o seu tempo determinado, e há tempo para todo o propósito debaixo do céu." Chegou, enfim, o nosso tempo de sermos Juízes do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Acesso ao Sumário

Obrigado e parabéns aos novos Juízes.

FERNANDA TARTUCE SILVA (Advogada Integrante da Comissão do 190º Concurso de Ingresso na Magistratura)

Discurso proferido em nome da OAB-SP, por ocasião da Solenidade de Posse dos aprovados no 190º Concurso de Ingresso na Magistratura (Cerimônia realizada em 19.07.2024).

Boa tarde.

Excelentíssimo Doutor Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, em nome de quem cumprimento todas as autoridades presentes;

Excelentíssima Doutora Maria de Lourdes Rachid Vaz de Almeida, em nome de quem cumprimento os Membros da Comissão Examinadora do concurso;

Senhoras e Senhores.

Iniciei minha interação com cada candidato, na fase de arguições orais, partindo da expressão Vossa Senhoria, e agora me dirijo aos aprovados como Vossas Excelências. Assim é a vida de quem escolhe o Direito: podemos evoluir e alcançar novos patamares a partir da dedicação e dos estudos.

Ao longo de sua atuação, Vossas Excelências encontrarão pessoas em conflito que confiam no Poder Judiciário como espaço de solução adequada para seus impasses.

Casos complexos chegam crus para a Advocacia e a Defensoria: estas, após pesquisas e análises, buscam decodificá-los para a linguagem jurídica ao levá-los à apreciação jurisdicional. Embora o imediatismo possa ser tentador, o caminho é mesmo trilhar a trajetória que Vossas Excelências vêm percorrendo nos últimos anos: estudar! Estudem cada caso com mente aberta para endereçar a melhor solução.

Acesso ao Sumário

Na aplicação do Direito enquanto disciplina da convivência humana, a missão de todos que lidam com litígios é contemplar a distribuição equitativa dos valores humanistas contemplados na Constituição.

Há incontáveis casos em que as pessoas em crise chegam sozinhas ao Poder Judiciário e exercem o *jus postulandi* diretamente na serventia judicial.

Órfãs de Justiça, elas confiarão que Vossas Excelências, enquanto prestadoras da tutela jurisdicional, sejam as detentoras das respostas corretas. Recordem-se que a escuta ativa é uma ferramenta importante para que os melhores encaminhamentos possam ocorrer.

Em cada oportunidade, Vossas Excelências serão desafiados a abandonar

seus vieses e suas crenças pessoais para que possam exercer a imparcialidade. Não basta ser, é preciso parecer imparcial e cada palavra proferida por Vossas Excelências, enquanto Magistrados, tem um peso considerável. Lembrem-se que formular perguntas é uma técnica interessante para preservar a equidistância e favorecer o fluxo de informações.

Desejo-lhes tudo de melhor: que sigam trilhando sua trajetória, agora na Magistratura, com afinco, dedicação, humildade e resiliência. Lembrem-se que não estão sós: pertencem a uma grande e valiosa família forense!

Finalizo minha saudação lembrando a sábia lição de Piero Calamandrei: "o segredo da Justiça está em sua humanidade sempre maior e em uma proximidade humana sempre maior entre Advogados e Juízes, na luta comum contra a dor".

Sigamos aprendendo!

MARIA DE LOURDES RACHID VAZ DE ALMEIDA (Desembargadora Presidente da Comissão do 190º Concurso de Ingresso na Magistratura)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da Solenidade de Posse dos aprovados no 190º Concurso de Ingresso na Magistratura (Cerimônia realizada em 19.07.2024).

Excelentíssimo Senhor Presidente, Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, na pessoa de quem cumprimento e saúdo todas as Autoridades presentes e já nominadas.

Senhoras, Senhores e Magistrados empossandos.

Da criação do Tribunal de Relação de São Paulo e Paraná, por ato do então Imperador D. Pedro II, em 1874, originalmente composto por 7 (sete) Desembargadores e sob a Presidência do Conselheiro Tristão de Alencar Araripe, já se vão 150 anos.

Momento muito comemorado por este Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que reflete a evolução histórica do povo bandeirante, alcançando esta Corte 360 Desembargadores, com mais de 2100 Magistrados e mais de 40 mil Servidores, considerada a maior do mundo em volume de feitos, formadora de jurisprudência representativa de mais de um terço do movimento judiciário Nacional, agora tão bem Presidida por Vossa Excelência, Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia.

Senti-me honrada com o convite para presidir este 190º (centésimo nonagésimo) Concurso de Ingresso na Magistratura, sentimento de igual e proporcional magnitude face a responsabilidade da missão que me foi incumbida; desafio

que abracei, pelo amor que dedico a Magistratura e a este Egrégio Tribunal, com a certeza de que tudo fiz para coroar o esforço de cada um dos novos Magistrados que hoje tomam posse.

Não poderia deixar de partilhar esse sentimento de dever cumprido sem agradecer a participação e o brilhantismo de cada um dos componentes da Banca Examinadora, sem os quais nada disso seria possível. Desembargadores Luís Paulo Aliende Ribeiro, Reinaldo Cintra Torres de Carvalho e Gilson Delgado Miranda. Destaco, também, a importância da representante da Ordem dos Advogados do Brasil, Fernanda Tartuce; e do representante do Ministério Público, Procurador de Justiça Sérgio Sobrane. Não posso deixar de agradecer ao Desembargador Vicente de Abreu Amadei, que foi meu suplente, mas participou de muitos atos e sempre foi um grande parceiro. Estendo também meus agradecimentos efusivos a todos os Servidores da Secretaria da Magistratura.

Tenho plena consciência do sentimento que invade cada uma das Magistradas e dos Magistrados ora empossados, de seus familiares, pais, irmãos, esposas e maridos, companheiros, namorados e amigos, enfim, que me faz lembrar de minha trajetória e conquista deste mesmo objetivo quase 40 anos atrás, que se completará no final do corrente ano, do orgulho de ingressar em carreira que aprendi a amar e idolatrar, especialmente integrando o maior Tribunal do País, certamente de toda América Latina e, em volume, do mundo.

Meus caros Magistrados, orgulhem-se da conquista alcançada, aprovação em certame que, para muitos ainda ficará como um sonho a atingir, mas, para os senhores, se faz realidade, por méritos e esforços próprios, garantindo-lhes a capacitação técnica para o exercício da Judicatura.

Quando fui convidada para presidir a banca, me foi perguntado acerca do perfil esperado dos aprovados, longe da necessidade de se buscar um candidato erudito, um julgador pronto, com a atenção muito mais voltada a captar aquele que ostentasse um brilho nos olhos, ávido a desbravar as nuances da carreira, e valorizar tudo aquilo que ela tem a oferecer, que não perdesse o fascínio e o amor à profissão que abraçou.

Acesso ao Sumário

Precisamos reforçar os quadros de Magistrados vocacionados, responsáveis, trabalhadores, conscientes do real papel a ser desempenhado na sociedade, traduzindo sua erudição e vastos conhecimentos em ferramenta de atuação humanista em prol da pacificação social, sociedade esta que vive momentos tormentosos, sempre com linguagem que toque fundo cada um dos que do Poder Judiciário venham se socorrer.

Humildade, Honestidade, Sensibilidade, Sabedoria e tantos outros atributos forjam um bom Juiz, que deve agir com equilíbrio, sem que nisso resida qualquer fraqueza, com independência e nos limites da lei, que todos os senhores assumem o compromisso de defender, intransigentes na defesa dos melhores valores morais e éticos.

Ouvi ainda nessa semana palestra do nosso Presidente enfatizando a importância de os Poderes conviverem harmoniosamente, sem que para tanto tivessem que abrir mão de suas independências, papel este que, registre-se, Vossa Excelência vem desempenhando com muita maestria, motivo de orgulho de todos os seus pares.

Sintam orgulho da Carreira que agora iniciam.

Sintam orgulho de integrarem o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a maior Corte do Mundo.

Honrem a toga, dignifiquem a Magistratura, esperando a Banca Examinadora do 190º Concurso que, ao olharmos para trás, tenhamos a certeza de que fizemos a coisa certa!

Que Deus abençoe a todos e nos ilumine, sempre.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento por ocasião da Solenidade de Posse dos aprovados no 190º Concurso de Ingresso na Magistratura (Cerimônia realizada em 19.07.2024).

É com grande alegria e orgulho que o **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, numa importante quadra da sua rica história, quando se comemora **150 anos** de sua existência, recebe a maior turma de JUÍZES SUBSTITUTOS que já teve, com **126 Magistradas e Magistrados**, que muito bem poderia ser chamada de TURMA DO SESQUICENTENÁRIO.

São jovens que se apresentam dispostos a prestar a jurisdição com muita qualidade, eficiência e celeridade, atributos inerentes ao Magistrado paulista, que não mede esforços para corresponder aos justos anseios do brasileiro de São Paulo.

Apenas para que TODOS – em especial os empossandos – tenham noção do nosso gigantismo, esta Colenda Corte de Justiça foi instalada em **3 de fevereiro de 1874**, nesta cidade, com somente **sete (7) Desembargadores**.

Hoje, passados 150 anos, **TEMOS UM TRIBUNAL DE JUSTIÇA DESENVOLVIDO E COMPLEXO**, formado por 360 Desembargadores, mais de 2.200 Juízes de Direito e perto de 40.000 Servidores, tudo isso distribuído em 320 Comarcas e 773 prédios.

Além do mais, nossa Corte pode ser considerada a maior do **MUNDO** em número de feitos – cerca de 20 milhões de processos em andamento – o que representa perto de 27,5% de todo movimento judiciário brasileiro, consideradas aqui TODAS as modalidades e especialidades da Justiça.

Por tudo isso, as Magistradas e Magistrados hoje solenemente empossados passam a integrar a maior Magistratura do país, formando a base sólida de uma pirâmide cujos integrantes se entregam, diuturnamente, a prestar um serviço público que enaltece as suas mais lídimas tradições.

Dediquem-se ao extremo e honrem a toga que doravante envergarão, de maneira que daqui a algumas décadas, no instante da saída do serviço ativo, possam despi-las e entregá-las impolutas, do mesmo modo que hoje as recebem.

Respeitem os seus colegas e todos os operadores do Direito com quem vierem a ter relacionamento profissional, sobretudo os jurisdicionados, destinatários finais de todo o nosso trabalho e da máquina judiciária, assim como os seus servidores, nossos fiéis parceiros na nobre missão da prestação jurisdicional.

Aproveitem, nos próximos meses, os ensinamentos e orientações que receberão na Escola Paulista de Magistratura, preparando-se ainda mais para a labuta diária nos rincões do nosso Estado.

Em suma, sejam extremamente felizes no Poder Judiciário do Estado de São Paulo, para o que se prepararam firmemente e lograram êxito na aprovação num dos mais difíceis concursos do Brasil, para orgulho dos seus amigos e, principalmente, dos seus familiares, hoje também virtuosos como vocês, aos quais cumprimento efusivamente.

E saibam, por fim, que a direção deste Tribunal de Justiça estará sempre pronta a auxiliá-los e a apoiá-los tanto nos bons quanto nos momentos de maior dificuldade, pois é assim que somos e é assim que deve ser.

Parabéns e obrigado por me ouvirem.

WALTER DA SILVA (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião de sua aposentadoria (Sessão realizada em 01.08.2024).

Acesso ao Sumário

Boa tarde a todos!

Inicialmente cumpre-me saudar o Excelentíssimo Senhor Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, O Desembargador Fernando Antônio Torres Garcia, na pessoa de quem saúdo as demais autoridades, já nominadas por Vossa Excelência, presentes nesta sessão eu marcará a minha despedida do serviço ativo no TJSP.

Sr. Presidente, agradeço os elogios e manifestações de Vossa Excelência e dos demais colegas.

Peço a Vossa Excelência, permissão para estender essa saudação, consignando e agradecendo as presenças, em especial, dos amigos:

Desembargador Artur Cesar Beretta da Silveira – Vice-Presidente deste Egrégio Tribunal;

Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, Corregedor Geral da Justiça;

Desembargador Marco de Lorenzi, Presidente da 14ª Câmara Criminal – na pessoa de quem comprimento os demais colegas Magistrados presentes;

Cumprimento ainda o digníssimo Procurador de Justiça Dimitrius Eugenio Bueri, atuante nas Sessões desta 14ª Câmara Criminal em nome de quem cumprimento todos os Procuradores e Promotores de Justiça.

Também presentes os amigos:

Major Brigadeiro do Ar Luiz Claudio Macedo Santos, Comandante do 4º Comando Aéreo Regional e sua digníssima esposa e igualmente amiga Alessandra Veríssimo Lima Santos e dizer da minha honra em poder gozar da sua amizade;

Major Brigadeiro do Ar Paulo Roberto Pertusi, Presidente da Fundação Santos Dumont, acompanhado de seu filho Paulo Victor Pertusi, Diretor desta mesma Fundação, onde exerço a Presidência do Conselho de Curadores;

Doutor Mauricio Freire, Delegado Diretor do IIRGD, com que iniciei meus treinos em armamentos vários e com quem tive o prazer de praticar tiro por vários anos.

Doutor Julio Lobato, CEO do Grupo Trasmontano/Igesp, devidamente acompanhado por sua esposa Andressa.

Cel. De Infantaria R1 Paulo, do Exército Brasileiro e Esposa Simone;

Breno e esposa Fernanda; Des. Marrey Uint; Luiz Augusto Sampaio Arruda e esposa Rita, Willian Lima Cabral, Des. Renato Delbianco, Perito Arles Denapoli, Des. Mariano de Siqueira, e os demais colegas que por uma razão ou outra não puderam comparecer a esta sessão, des. Décio Rodrigues, Des. Afonso de Barros Faro Jr., e muitos outros igualmente queridos, a quem eu agradeço pelos momentos de descontração que me proporcionam em suas companhias, todas as quartas-feiras em nossa sede social.

Senhores advogados, funcionários, senhores e senhoras presentes.

Confesso que não foi fácil sintetizar, em algumas laudas, a história da minha vida. Só na carreira de Magistrado são 40 anos e 8 meses!

Lembro-me, meu querido amigo, Desembargador Fernado Antônio Torres Garcia, de nosso ingresso no Concurso de nº 149 para a Magistratura Paulista cuja posse deu-se no início do ano de 1984.

Com V. Excelência igualmente tive a honra de começar a minha caminhada, na 2ª Instância, quando, em junho de 2009, passei a ocupar minha cadeira como Desembargador junto à 14ª Câmara Criminal, então presidida pelo nosso colega Desembargador Wilson Barreira, que também me honra com sua presença no dia de hoje, devidamente acompanhado de sua querida esposa Cecília.

Acesso ao Sumário

Até chegar aqui, um longo e difícil caminho foi trilhado, mas sempre grato a Deus, pela saúde e incansável disposição para encarar os mais diversos desafios que a mim foram apresentados e que possibilitaram o meu crescimento pessoal e meu amadurecimento espiritual.

Sou o primogênito de João da Cruz Silva e Maria Beije da Silva, ambos já falecidos, pessoas humildes, mas que ostentavam uma vida rica em princípios, dos quais me foram passados, em especial, a simplicidade, respeito às pessoas, a retidão, a honestidade e o senso de justiça.

"Seu João" foi trabalhador braças, tendo sido serralheiro e vendedor de peixes ambulante. "Dona Maria", minha querida mãe, costura roupa para sobrevivermos.

O meu infinito amor e agradecimento aos meus genitores pela minha vida e a de minas irmãs Marisa e Sônia, esta IN MEMORIAN.

Comecei a trabalhar, Senhor Presidente, com 7 anos de idade para ajudar meus pais. Conciliava os estudos com a venda de hortaliças (alface e couve) que minha mãe plantava e colhia em um pequeno espaço do terreno onde morávamos, em uma casa que nos foi emprestada por uns tios.

A partir daí, não parei mais de trabalhar. Exerci várias atividades, ao que me recordo, mas sempre orientado por minha mãezinha, de que deveria estudar para ser alguém na vida.

Para se ter uma ideia de como éramos pessoas humildes, meu primeiro caderno foi feito com folhas de papel filão de pão cujas linhas eram feitas por minha mãe para que eu pudesse escrever as lições que me eram ministradas na Escolas Agrupadas de Vila Espanhola – A vida era muito difícil...

Recordo-me ainda que meu pai fazia "visitas" nessa escola, para procurar pedaços de lápis (tocos de lápis) e de borracha que haviam sido descartados. Tal material didático era reutilizado por minha mãe para que eu levasse à escola, dentro do meu estojo – uma lata de biscoito – acredito que dada por uma tia.

E fui crescendo, trabalhando sempre – ajudante em farmácias; em fábrica de almas para calçados; mercearias; empórios; fazia "carretos" em feiras; e engraxate...

Considero que a minha trajetória laboral começou a melhorar quando, aos 14 anos, fui contratado como Auxiliar de Escritório, na Multinacional Gressit S/A - Indústria e Comércio cujo escritório localizava-se na Rua Boa Vista, 208 -no centro de SP.

À época conciliava o trabalho com os estudos, no período noturno, no Liceu Carvalho Pinto – Escola Técnica de Contabilidade, onde formei-me como Técnico em Contabilidade.

Já de posse do CRC – Certificado Regional de Contabilidade, passei a trabalhar em uma Imobiliária (Atílio Pierozzi Imóveis), pertencente a um tio. Foi nessa ocasião que ingressei na Força Aérea Brasileira, em junho de 1968,

como soldado, e lá permaneci por 4 anos.

Incentivado por um Major Aviador, depois que saí da FAB decidi cursar Direito, mas o desafio era procurar uma Faculdade que pudesse pagar.

Fiz vestibular e ingressei na Faculdade de Direito "Dr. Jorge Beltrão" – em Pouso Alegre – Sul de Minas Gerais, onde cursei o 1º ano. Era chamado de curso vago e estudava presencialmente de 5ª a sábado.

A partir do 2º ano, fiz minha transferência para as "Faculdades Integradas de Guarulhos – FIG", onde finalmente colei grau em junho de 1977. Aqui abro um parêntese para registrar que tranquei o curso por um ano, pois não podia pagar as mensalidades.

Aprovado no exame da OAB, fui contratado por um advogado amigo, que conheci na Faculdade de Pouso Alegre, e advoguei em seu escritório, no bairro da Casa Verde, por 07 anos.

Nessa época, casei-me com minha ex-esposa Maria, com quem tive duas filhas maravilhosas: Alessandra, casada com Rogério, os quais me deram dois netinhos: Caio (13 anos de idade) e Lis (07 anos); e Aline, casada com Felipe, pais de minha mais nova netinha Maria Julia, carinhosamente chamada por MAJÚ, que recentemente completou seu primeiro aninho de vida.

Poia bem, Sr. Presidente, em 1984, conforme já mencionado, fomos aprovados no 149º Concurso de Ingresso da Magistratura, e fui designado para Juiz Substituto na Comarca de Jundiaí, onde permaneci até 1986, atuando também nas Comarcas de Campo Limpo Paulista, Franco da Rocha, Valinhos e Vinhedo.

Na sequência, fui promovido a Juiz Titular de 1ª Instância da Comarca de Itaporanga e Circunscrição (Vara única e cumulativa), onde permaneci por aproximadamente 1 ano;

De 1987 até 1989, atuei como Juiz de Direito de Primeira Vara (cumulativa) de Lorena (2ª Entrância) e Circunscrição – Cunha – Piquete, até a promoção à Juiz Auxiliar da Capital – 3ª Entrância.

Nessa época, auxiliei na 1ª Vara do Júri por quase dois anos, em Varas Cíveis – Central e do Extinto Fórum Regional de Santana, na Rua Darzan, bem como na Vara Especial da Infância e Juventude do Fórum Regional do Tatuapé, onde estava sob a maestria do titular Wilson Barreira.

Promovido a titular da 24ª Vara Criminal (ainda no Fórum Min. Mario Guimarães, junto ao Viaduto Dona Paulina, 80 – Centro de SP e depois já nas novas instalações no Fórum Criminal da Barra Funda), permaneci por 10 anos e meio até que em 2006 me removi à Juiz Substituto de 2º Grau.

Esse ano de 2006, reservou-me grandes emoções... Conheci a minha amada esposa Silvia Natália, natural de Fortaleza – CE, nos bancos acadêmicos da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, onde eu era docente. Cabe regisrar aqui a excelente aluna que ela sempre foi.

Acesso ao Sumário

Essa mulher, Senhor Presidente, me fez conhecer a plenitude de um amor sincero, honesto, leal.

Depois de um ano de nosso relacionamento, casamo-nos e ela tornou-se minha melhor metade.

Ela me presenteou com casal de filhos igualmente maravilhosos: minha amada filha Maria Beatriz com 15 anos de idade e meu querido filho João Walter, com 09 anos de idade, esteios e razões da minha existência.

Atualmente, a mulher da minha vida é Coronel da Força Aérea Brasileira e tenho muito orgulho e admiração pelo ser humano e pela profissional que ela é.

Obrigado, Minha vida, pelo ontem, pelo hoje e por tudo mais que Deus nos permitirá viver! Te amo!

Permita-me, Senhor Presidente, retomar o registro do terço final da minha trajetória profissional, mencionando a minha promoção à Desembargador, em junho de 2009, passando a titular da cadeira que foi ocupada pelo Des. Alfredo Fanucchi (falecido dias antes), com assento na 14ª Câmara Criminal, onde permaneço até hoje.

Aproveito par parabenizar os Desembargadores Amaro Thomé e Maria de Fátima por passarem a integrar a 14ª Câmara Criminal, respectivamente, em face da aposentadoria do Des. Miguel Marques e Silva, e, a partir de amanhã, em face da minha aposentadoria, desejando-lhes uma carreira brilhantes e cheia de sucesso.

Foi uma longa jornada até aqui, Senhor Presidente...

Caminhei pela estrada da vida neste Tribunal, onde ocupei vários cargos, com altivez, coragem e determinação, jamais cedendo a qualquer interesse que não fosse a real e efetiva aplicação da Justiça, nos processos que me foram confiadas durante minha carreira. Sinto que cumpri, sob o olhar e orientação divina, meu destino. Noutras palavras, “Combati o bom combate”.

Rendo meus agradecimentos ainda aos meus assessores e escreventes, Elisa, Lara, Dayane, Andrea, Márcia, Fabrício e Anderson. Sem a dedicação de vocês nada disso teria acontecido. Vocês são os merecedores de todos os elogios, como funcionários exemplares, amigos verdadeiros e jamais os esquecerei. Desejo a todos uma caminhada cheia de sucesso e que Deus os ilumine sempre.

Aos funcionários e igualmente amigos que nos assistem para que as sessões desta Câmara se realizem a contento, meus sinceros agradecimentos e votos de que sejam felizes e bem-sucedidos em suas vidas.

Meus agradecimentos especiais a todos os outros amigos por terem comparecido a esta sessão, e compartilhado comigo e com minha família este momento ímpar de nossas vidas. Vou levar em meu coração, os nomes e a lembrança de cada um de vocês.

Por fim, quero agradecer novamente a Deus por ter me proporcionado mais esta alegria em minha vida e a todos pela paciência.

Acesso ao Sumário

GERALDO LUÍS WOHLERS SILVEIRA (Desembargador)

Discurso proferido como orador em nome do TJSP, por ocasião da Posse Solene da Desembargadora Cristina Di Giaimo Caboclo (Cerimônia realizada em 08.08.2024).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Augusto Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em cuja pessoa devo saudar todas as distintas Autoridades Civis e Militares presentes; Excelentíssima Senhora Desembargadora Cristina Di Giaimo Caboclo; Nobres familiares da recipiendária;

Senhoras, Senhores,

É com grande honra e satisfação que cumpro o encargo de saudar, em atmosfera solene, em nome do glorioso Tribunal de Justiça, a preclara Desembargadora Cristina Di Giaimo Caboclo, por designação de seu insigne Presidente.

Necessário proclamar que nas fileiras do Colendo Órgão Especial, como também no seio do Egrégio Conselho Superior da Magistratura, outras Juízas e Juízes de grau superlativo disso se incumbiriam com mais acurácia. Devo o privilégio à generosidade de meu Juiz-Presidente de Tribunal do Júri há mais de 37 anos, e que hoje, de seu púlpito, polida e resolutamente lidera não apenas nossa Corte como inspira muitas outras no vasto território brasileiro, na linha de desdobramento de predecessores que levaram a muito bom termo administrações retas e exemplares. Com a atuação vibrante a serviço de toda a constelação integrante do poder tripartite e incontáveis realizações em período tão curto como auspicioso, o pretor que atualmente nos comanda imprime devoção, experiência, carisma e alma, entregando a fase mais vigorosa de sua carreira para dignificar o Judiciário e obter verdadeira interação sinfônica no âmago de toda a comunidade jurídica. Com tal proceder austero e pio Vossa Excelência, Senhor Presidente, reaviva neste solo os rumos ditados por suas tradições e finca seguro penhor de ordem e estabilidade.

Engalana-se este plenário com a posse da Desembargadora Cristina Di Giaimo Caboclo, que atinge, com todos os louros, cargo tão ambicionado. E como nossas veredas se tangenciaram, Excelência, estou jungindo a um testemunho – e o testemunho precisa ser reduzido a termo para maior garantia de perenidade.

No verso famoso de Antoine-Marin Lemierre, Dramaturgo e Poeta francês do século XVIII: “Ainda quando o pássaro anda, sente-se que ele tem asas...”. Da Desembargadora Cristina Caboclo podem e devem ser exaltadas a grande cultura, a espantosa capacidade de trabalho, traduzidas de maneira correta em seus pareceres e sustentações orais enquanto Procuradora de Justiça, demonstrativos de amor à pesquisa, do esmiuçamento de todas as questões debatidas na causa. A sabedoria e tirocínio que inculcaram sua magnífica trajetória no Minis-

Acesso ao Sumário

tério Público atrairão votos certeiros, sensíveis, decisões fecundas, meditações graves de Magistrada do mais alto senso jurídico, habituada a destacar preciosas lições de tudo o que se submeta, tanto nos autos de processo como na vida, à lente poderosa de sua análise dedicada.

Por falar em vida, todos já percorremos o trecho mais longo de seu itinerário. Dizia Aristóteles que a mocidade termina aos 50 anos – mas a chama não fenece quando sabemos fazer dela uma descoberta mágica de novos valores. A vivência profissional de Vossa Excelência rompe as barreiras do presente e se projeta para o futuro.

Cumprida carreira venturosa no Ministério Público, a agora Desembargadora bem poderia recolher-se, em um biênio, à comodidade da aposentadoria. Foram, afinal, 33 anos, sem contar o período como estagiária, iniciando por substituição em Ferraz de Vasconcelos, Mogi das Cruzes, Brás Cubas, Santo André e Capital, sendo promovida, (portanto, já a titular) para Pacaembu, Piedade e São Bernardo do Campo, antes de seu retorno à Capital, na Promotoria de Justiça Cível do Foro Central, com atuação junto a Varas Cíveis, de Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho. Mais dois anos na Promotoria Cível de Pinheiros; a partir de meados de 2011 até agora em Segunda Instância – sete anos de titularidade, até a nomeação ao cargo de Desembargadora.

Eu preciso empreender agora, Presidente, um salto temporal retrospectivo. Foi na Promotoria de Justiça Cível Central que, já detentora de todos os segredos do Processo Civil, ela estendeu a mão generosamente a um Promotor mais antigo que, desejoso de mudar de vocação, para lá migrou, desabando naquela ambiência e logo se vendo envolvido em percalços, quase agonizando na função de Curador de Incapazes, mister que tornou célebres Promotores como Antônio Carlos Marcato e José Roberto dos Santos Bedaque, nossos colegas de Sodalício. Foi a orientação segura e alentada da Doutora Cristina que me fez ganhar sobrevida funcional, manter o meu nome incólume e resistir às inspeções escrupulosas do Excelentíssimo Corregedor- Geral da época.

Quis o destino que eu a pudesse homenagear, porque a sede de porfiar pelo Direito justo se adensou em seu espírito e a fez procurar nova forma de protagonismo, aqui aportando. Disse certa vez o saudoso Ministro Celso de Mello, em revista prestigiosa, falando da importância do ofício de julgar, que o "Magistrado é um delegado do povo que, em nome do povo, administra a Justiça".

Indicada em lista sêxtupla de singular qualidade na Instituição de origem, figurou na tríplice ladeada por colegas de elevadíssimo conceito, merecendo acolhida pela unanimidade dos integrantes do Colendo Órgão Especial e, na sequência, fazendo-se depositária da confiança do povo paulista, mercê da assinatura, em Decreto que há de ser emoldurado, do Excelentíssimo Governador de São Paulo, que, assistido por Secretariado do mais alto coturno, já se pode dizer que vem instituindo, como paradigma de gestão, um novo desenho institucional

Acesso ao Sumário

para os que aqui viveram e nasceram, assomando como responsável pelas mais alvissareiras esperanças do povo que o consagrou nas urnas.

Excelentíssima Desembargadora: a fita métrica do verbo não basta para medir a estatura das grandes almas. Poder recolher a impressionante lição de seu exemplo é uma prerrogativa para esta Corte; imortalizará o halo de admiração que já lhe tributavam Magistradas e Magistrados perante quem Vossa Excelência oficiou durante longos anos como Promotora e Procuradora de Justiça.

Rejubilamo-nos com a ascensão de Vossa Excelência, que trará, para as estruturas, as vigas e os ornamentos desta Casa Veneranda o enriquecimento de nosso acervo moral e intelectual.

A família, fiel escudeira, exerceu papel primordial em sua conquista. Seus filhos Marina e Daniel; seus irmãos Edmundo, Fábio e Ricardo; seus enteados André Luís (o filho) e Daniel Jordão; as netinhas de coração, Valentina e Catarina; sobrinhos e demais parentes; seu dedicado esposo, o Ilustre e Excelentíssimo Procurador de Justiça, Doutor André Luiz Marcassa, que consigo pontilha a vida a quatro mãos – todos continuarão a estimulá-la para que seja feliz, moldada que foi para o probo sucesso, pelo amor e pelo carinho de seus progenitores, Edmundo de Mello Caboclo e Angelina Di Giaimo Caboclo, que do plano Superior se embriagam com a coroação de seus sonhos. E assim também nos alegramos, seus amigos, mais do que amigos, agora seus pares, com a exultação que brota da verdadeira estima.

Com seu talento, suas crenças e ideias, Vossa Excelência fertilizará ainda mais este solo, já inundado de virtudes por tantos os que se esmeraram no aprimoramento da vida em sociedade segundo as mais caras tradições do Estado-membro que, sendo o seu berço, contribuiu para formá-la. E, assim, em coro, preclara Desembargadora, esta ocasião magna pede que todos, monoliticamente irmanados, e inspirados no estandarte de três cores, orgulhosamente recitemos, reverenciando Guilherme de Almeida:

“E agora.... agora de novo

Abençoado este povo
Que tanto soube esperar

Esperança dos Paulistas,
Bandeira das treze listas
Desfraldada em cada lar.

Reza a oração que dizia:
- Preto e branco, noite e dia,

Pois dia e noite estarei
Como um apóstolo, soldado,

Gente Paulista a teu lado,
Pela Lei e pela Grei

A Vossa Excelência nosso mais entranhado afeto.

Vossa Excelência, que já se emancipa pelo dever cumprido, siga sob a

proteção de Deus. Muito obrigado, mais uma vez, notável e querido Presidente, pela distinção.

PAULO SÉRGIO DE OLIVEIRA E COSTA (Procurador-Geral de Justiça)

Discurso proferido como orador em nome do MPSP, por ocasião da Posse Solene da Desembargadora Cristina Di Giaimo Caboclo (Cerimônia realizada em 08.08.2024).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, Presidente desse Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em nome de quem cumprimento todas as autoridades, cumprimento as senhoras e senhores já nominados aqui nessa solenidade.

Excelentíssima Senhora Desembargadora Cristina Di Giaimo Caboclo, Desembargadora do Tribunal de Justiça, ora empossanda;

Senhora Marina Caboclo Perez e, em seu nome, Marina, de toda a família da Desembargadora Cristina. Queria também saudar todos os meus colegas do Ministério Público aqui presentes.

Senhoras e senhores.

Fazer uso da palavra perante uma audiência tão seleta quanto a que ora se reúne nesse Egrégio Tribunal de Justiça representa verdadeira distinção e um enorme apreço ao Ministério Público de São Paulo, mas devo confessar às senhoras e aos senhores, Eminentes Operadores do Direito que militam nos mais diversos postos do Sistema de Justiça, que trago a essa tribuna sentimentos contraditórios.

Por um lado, meu coração transborda de alegria ao constatar que uma profissional da competência da Doutora Cristina Di Giaimo Caboclo chega, merecidamente, ao cargo de Desembargadora do maior Tribunal de Justiça do país, dando mais um grande passo na carreira que vem construindo há mais de três décadas com incrível dedicação e invejável talento.

Por outro lado, é com certa tristeza que a vejo partir da instituição que tenho a honra de liderar um dos seus quadros mais destacados. Em toda sua brilhante trajetória, seu preparo técnico e seu compromisso com a causa pública puderam ser constatados. Foi assim quando atuou como Promotora de Justiça Substituta na 45ª Circunscrição Judiciária, com sede em Mogi das Cruzes; foi assim nos demais cargos que ocupou na 1ª Instância; e foi assim na sua última trincheira na nossa instituição, a Procuradoria de Justiça de Interesses Difusos e Coletivos onde, com muito denodo, colocou seu imenso conhecimento jurídico a serviço de uma das mais nobres missões atribuídas pelo constituinte ao Ministério Público: a defesa dos direitos sociais da população, notadamente das

Acesso ao Sumário

parcelas menos favorecidas.

Ao Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia o que eu posso afiançar é que essa solenidade simboliza o apreço que o Ministério Público de São Paulo nutre pelo Poder Judiciário, uma vez que a vinda da Doutora Cristina a esta Corte, pela via do Quinto Constitucional, tem o condão de fortalecer ainda mais os serviços prestados pelo nosso Tribunal.

Aos jurisdicionados, à minha amiga Cristina, a quem peço perdão pela informalidade, eu gostaria de dizer que falo aqui, não somente em caráter pessoal. Trago um abraço afetuoso de Promotores, Promotoras, Procuradores, Procuradoras de Justiça, Servidores e Servidoras da instituição na qual você só deixou amigos.

O Ministério Público de São Paulo será sempre a sua casa, como tem sido desde aquele 20/12/1991, quando você, ainda uma jovem de 23 anos de idade, tomou posse no 15º andar do Fórum João Mendes Júnior como Promotora de Justiça.

Bem, hoje é dia de festa e não pretendo importuná-los com um discurso demasiadamente longo. Por isso, encerro por aqui.

Mas antes, peço permissão para fazer uma última observação.

Minhas amigas, meus amigos: Eu posso garantir ao povo paulista que a Doutora Cristina Di Giaimo Caboclo honrará a toga da mesma forma que honrou a beca que ostentou por quase 33 anos de atuação impecável.

Felicidades Desembargadora!

Agradeço a atenção de todas e de todos. Parabéns ao Tribunal de Justiça de São Paulo. Muito obrigado.

CRISTINA DI GIAIMO CABOCLO (Desembargadora)

Discurso proferido por ocasião da sua Posse Solene como Desembargadora (Cerimônia realizada em 08.08.2024).

Excelentíssimo Senhor Doutor Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em nome de quem peço licença para cumprimentar todas as Autoridades Civis e Militares aqui presentes e já declinadas pelo cerimonial.

Senhoras e Senhores, queridos familiares e amigos.

Meu querido amigo Desembargador Geraldo Luís Wohlers Silveira.

Minha madrinha incondicional, Renata Helena Petri Gobbet; meu querido amigo e confessor, Frei Anacleto Luiz Gapski; nosso amigo de tempos imemoriais, Antonio Carlos Roselli.

Meus pais, Edmundo e Angelina, aqui presentes em alma e amor.

Acesso ao Sumário

Meus queridos irmãos, Edmundo, Fábio e Ricardo; cunhadas e sobrinhos.

Meus amados filhos, Marina e Daniel; e meu querido marido, André; seus filhos igualmente queridos, André e Gabriel.

Peço licença para me dirigir a todos com muita simplicidade, na tentativa de falar aos corações, principalmente – se me permitem – aos corações dos mais jovens, depositários fiéis das nossas esperanças em um mundo menos agressivo e em uma sociedade menos intransigente e mais solidária.

Hoje, meus caros, é para mim um dia de muita alegria.

Aqui, neste Palácio da Justiça, obra de tantas mãos, engenharia de tantas mentes, capricho de tantas artes, no centro desta cidade de São Paulo onde nasci, cresci, estudei e trabalhei, posso dizer que me sinto em casa. Em um perímetro de poucos quarteirões passei, com certeza, muitos dos melhores anos de minha vida.

Das arcadas da saudosa Faculdade de Direito do Largo São Francisco, filha dileta do Convento que a abriga e protege – e onde busquei e recebi, sempre, a palavra certa e o conselho justo dos queridos franciscanos – passei, ainda estudante, aos quadros do Ministério Público do Estado de São Paulo, que me recebeu aos 20 anos de idade como estagiária e, anos depois, como Promotora de Justiça.

Se foi em casa, sob o comando firme e amoroso de meus pais, Edmundo e Angelina, que aprendi o valor do trabalho e a vocação ética do ser humano, foi no Ministério Público que aprendi a perseguir com determinação a verdade e a justiça, na tutela dos interesses coletivos e individuais indisponíveis.

As lições valiosas do estágio, sob a batuta da minha querida madrinha Renata, do hoje Desembargador Oswaldo Luiz Palu, entre outros Mestres, foram sedimentadas no convívio, já como Promotora de Justiça, com colegas combativos e dedicados, que se tornaram grandes amigos, como os queridos Júlio Cesar Botelho, meu colega de concurso, José Oswaldo Molineiro, Otavio José Callejão, Liliam Cristina Marques da Costa, Marco Antonio Marcondes Pereira, Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner, e mais tantos outros hoje aqui presentes.

Acesso ao Sumário

Nessa jornada de mais de três décadas, fui testemunha do grandioso trabalho desenvolvido por este que é, em número de processos, o maior Tribunal do mundo. Na alta noroeste paulista, em Pacaembu; em Piedade; na grande São Paulo, em São Bernardo do Campo; no Fórum João Mendes, por quase 15 anos; no Fórum Regional de Pinheiros; e, já atuando nas Procuradorias de Justiça Cível de Interesses Difusos, nas Câmaras de Direito Público e de Direito Privado. Testemunhei a entrega, de corpo e alma, de Servidores e Magistrados, muitos dos quais vieram a integrar o Tribunal Pleno desta Egrégia Corte de Justiça, como os Desembargadores Alexandre Augusto Pinto Moreira Marcondes, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior, Claudio Luiz Bueno de Godoy, Maria Isabel

Caponero Cogan, Silvia Rocha, Flora Maria Nesi Tossi Silva, Dimas Borelli Thomaz Júnior, Ricardo Mair Anafe, Djalma Rubens Lofrano Filho, entre tantos outros amigos aqui presentes.

É uma Justiça feita de muito trabalho! Trabalho, estudo e escuta atenta dos anseios individuais e coletivos, afinal a aplicação da lei deve se nortear sempre pelo ideal do bem comum e pela concretização dos fins sociais a que ela se destina.

Mas esse trabalho não é só dos Magistrados, ou dos Servidores e Colaboradores do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, Advogados e Procuradores.

O Sistema de Justiça é formado por todos nós, estudantes, trabalhadores, aposentados... A cada um de nós incumbe contrastar, tanto na esfera doméstica como na esfera profissional, nosso interesse individual com o interesse coletivo, e proceder, cada qual segundo a sua consciência, mas procurando discernir em que medida nossa escolha pessoal contribui para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, máximo objetivo fundamental da nossa República, inscrito na primeira página da Constituição Federal.

Senhoras e Senhores, a permanência é a expressão da integridade das instituições. Tenho a felicidade de ingressar neste Egrégio Tribunal no seu aniversário de 150 anos, certa de que sua honra e respeitabilidade são a prova viva da dignidade de seu passado e da seriedade de seu presente, e motor da esperança em um futuro menos conflituoso para todos nós.

Prometo honrar esta Corte de Justiça e retribuir a confiança em mim depositada com trabalho, retidão e real interesse pela efetiva solução e prevenção dos litígios.

Aos amigos e familiares, especialmente ao meu marido e aos meus filhos, razão de minha vida, agradeço o apoio e a paciência, e renovo meu amor.

Muito obrigada, Senhor Presidente.

Muito obrigada a todos!

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento por ocasião da Posse Solene da Desembargadora Cristina Di Giaimo Caboclo (Cerimônia realizada em 08.08.2024).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Artur Cesar Beretta da Silveira, Eminente Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

Anoto ausência do Corregedor-Geral de Justiça, Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, que está em Brasília no Encontro Nacional de Corregedo-

Acesso ao Sumário

res-Gerais de Justiça;

Felicito o senhor Desembargador Ricardo Cintra Torres de Carvalho, Eminente Presidente da Seção Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo;

Excelentíssimo Desembargador Heraldo de Oliveira Silva, Presidente da Seção Direito Privado do nosso Tribunal; Excelentíssimo Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho, Eminente Presidente da gloriosa Seção de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo;

Excelentíssimo Desembargador Geraldo Luís Wohlers Silveira, Orador em nome do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a quem desde logo agradeço a maravilhosa oração que fez em nome do nosso Egrégio Tribunal;

Excelentíssimo Doutor Paulo Sérgio de Oliveira e Costa, Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, instituição que, desde a sua posse, tem sido uma instituição irmã do Tribunal de Justiça de São Paulo e assim será até o fim de nossos mandatos, tenho absoluta certeza disso.

Excelentíssimos Presidentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, honrosamente os que me antecederam,

Desembargador José Renato Nalini, Desembargador Paulo Dimas Debellis Mascaretti e Desembargador Ricardo Mair Anafe; Excelentíssimo Desembargador Silmar Fernandes, Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo;

Excelentíssimo Desembargador Militar Enio Luiz Rossetto, Presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo;

Excelentíssima Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, representando o Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Desembargador Federal Carlos Muta;

Excelentíssimo Doutor Fernando José da Costa, Secretário Municipal de Justiça, que neste ato representa o alcaide; Excelentíssima Doutora Luciana Jordão da Motta Armiliato de Carvalho, Eminente Defensora Pública-Geral do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Desembargador Gilson Delgado Miranda, Diretor da Escola Paulista da Magistratura;

Excelentíssimo Desembargador Afonso de Barros Faro Júnior, Ouvidor do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Excelentíssimo Desembargador Ademir de Carvalho Benedito, Presidente do Conselho de Administração da Magiscred; Excelentíssimo Doutor Roberto Barbosa Alves, Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Cíveis e de Tutela Coletiva; Excelentíssima Doutora Liliana Mercadante Mortari, Vice-Corregedora-Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo, representando neste ato o Corregedor-Geral;

Excelentíssimo Doutor Arthur Lemos Júnior, Procurador de Justiça, Secretário do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo;

Acesso ao Sumário

Excelentíssima Doutora Cláudia Maria Beré, Conselheira do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Doutor Ruymar de Lima Nucci, Procurador de Justiça e Diretor de Patrimônio da Associação Paulista do Ministério Público, representando o seu Presidente;

Excelentíssima Doutora Tatiana Viggiani Bicudo, Procuradora de Justiça e Diretora do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Escola Superior do Ministério Público;

Excelentíssimo Doutor Paulo Juricic, Procurador de Justiça e Presidente da Comissão Processante Permanente do Ministério Público do Estado de São Paulo;

Excelentíssima Juíza de Direito, Doutora Laura de Mattos Almeida, 2ª Vice-Presidente da nossa Associação Paulista de Magistrados, neste ato representando o seu Presidente, Doutor Thiago Massad;

Excelentíssima Doutora Fabiana Dal'Mas, Promotora de Justiça Presidente da Associação Brasileira de Mulheres de Carreira Jurídica de São Paulo;

Excelentíssimo Doutor Alexandre Luís Mendonça Rollo, Conselheiro Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, representando a Presidente da Seção de São Paulo, Doutora Patricia Vanzolini;

Excelentíssima Doutora Renata Castello Branco Mariz de Oliveira, Vice-Presidente da Associação dos Advogados de São Paulo, representando o seu Presidente;

Excelentíssimo Coronel Miguel Elias Daffara, Chefe da Assessoria Policial Militar do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, representando o Senhor Comandante-Geral da Polícia Militar;

Excelentíssimo Doutor Tiago Antonio Salvador, Delegado de Polícia Chefe da Assessoria Policial Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, neste ato representando o Delegado-Geral de Polícia;

Demais Autoridades presentes, Desembargadores, Juízas e Juízes de Direito, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Advogados, Autoridades Civis e Militares, Familiares da empossanda, Servidores da Justiça, minhas Senhoras e meus Senhores.

De antemão quero transmitir os parabéns do Ministro Alexandre de Moraes, que me endereçou um ofício parabenizando Vossa Excelência, Doutora Cristina, pela posse. Ele ressalta os mais de 40 anos de convivência com Vossa Excelência, desde os bancos escolares, inclusive, na Faculdade de Direito do Largo São Francisco e, depois, o fato de terem compartilhado o mesmo Concurso de Ingresso no Ministério Público e terem travado carreira praticamente juntos no início, na Promotoria Criminal de São Bernardo do Campo. Então, transmito a Vossa Excelência e depois lhe entrego o ofício que nos foi enviado pelo Ministro Alexandre de Moraes.

Acesso ao Sumário

Vejo aqui em plenário inúmeros amigos e colegas do Ministério Público. Em nome de todos, vou saudar a dois em especial, que são amigos queridos meus e da Magistratura: o Procurador de Justiça, Doutor José Oswaldo Molineiro e a Procuradora de Justiça, Doutora Tereza Exner.

É com muita honra e com muito orgulho que o Tribunal de Justiça hoje recebe a família do Ministério Público. Nós, como disse, somos instituições irmãs e assim tem que ser, em prol do brasileiro de São Paulo. O Ministério Público e o Poder Judiciário unidos trabalharão sempre juntos naquilo que for viável para o bem do brasileiro de São Paulo, e assim sempre será.

Cumprimento, em especial, os familiares da nossa empossada, em especial seu marido, o Procurador de Justiça, Doutor André Luiz Marcassa; os filhos, a Marina, que está presente, o Daniel, que não pôde vir, e também os seus irmãos Edmundo, Fábio e Ricardo, e os enteados André e Gabriel.

Eu não tenho muito mais a falar em relação à carreira da Doutora Cristina porque o meu colega e, sobretudo, meu amigo e irmão Geraldo Wohlers Silveira, esgotou aquilo que eu havia preparado para descrever a carreira brilhante da Doutora Cristina Di Giaimo Caboclo.

O Tribunal, ao completar agora os seus 150 anos, recebe, hoje, no dia 8 de agosto, um presente do Ministério Público: a Doutora Cristina Di Giaimo Caboclo. É com muito orgulho e muita honra que a senhora hoje passa a fazer parte dos 360 desembargadores desta Corte, que é a maior Corte de Justiça do Brasil e da América Latina, como a senhora mesma frisou. A maior Corte do mundo em número de processos. Seja muito bem-vinda.

Sei que não é fácil despir a beca, mas sei que hoje a senhora veste a toga também com muita honra e sei que saberá, dia a dia, dignificar cada vez mais, não só a toga, mas também a instituição que a entrega à Magistratura no dia de hoje.

Muito obrigado.

Declaro encerrada a presente sessão.

Acesso ao Sumário